



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

LIMITES AL EJERCICIO DE LA  
LIBERTAD DE EMPRESA

Karla Georgina Martínez Herrera



Tesis

**Doctorales**

[www.eltallerdigital.com](http://www.eltallerdigital.com)

UNIVERSIDAD de ALICANTE



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**Departamento de Estudios Jurídicos del Estado  
Facultad de Derecho**

**LIMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE  
EMPRESA**

**Karla Georgina Martínez Herrera**

**Doctorado en Constitución y Derechos Fundamentales en Europa**

**Tesis Doctoral presentada para la obtención del grado de  
Doctora por la Universidad de Alicante  
mención de “Doctora Internacional”**

**Realizada bajo la Dirección Conjunta del Doctor Don José Asensi  
Sabater, Catedrático de Derecho Constitucional y del Doctor Don  
Marcos Criado de Diego, Profesor Titular de Derecho Constitucional**

**Alicante, diciembre de 2015**





*aunque es imposible resarcirles todo lo que me han dado;*

*a Max y a Giulia,*

*por las horas prestadas.*

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



# INDICE

RIASSUNTO .....	9
ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS .....	15
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>19</b>
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	23
OBJETO DE ESTUDIO .....	30
CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	41
<b>PARTE I.....</b>	<b>51</b>
<b>BASE CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN ESPAÑA Y LA UNION EUROPEA.....</b>	<b>51</b>
<b>CAPITULO 1.....</b>	<b>53</b>
<b>ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN ESPAÑA.....</b>	<b>53</b>
1.1 CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LIBERTAD DE EMPRESA .....	53
1.2 MARCO DE LA ECONOMIA DE MERCADO Y ESTADO SOCIAL .....	81
1.3 NOCION DE LIBERTAD DE EMPRESA.....	85
1.4 TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE EMPRESA .....	90
1.4.1. SUJETO ACTIVO .....	91
1.4.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS EXTRANJEROS .....	96
1.4.3. SUJETO PASIVO .....	102
1.5. EL OBJETO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: LA EMPRESA .....	106

1.6. LA EMPRESA COMO UN RESULTADO DE LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA Y LOS PODERES PUBLICOS .....	109
1.6.1. PODERES PUBLICOS: RESPONSABILIDAD DE PROTECCION .....	112
1.6.2. PODERES PUBLICOS: RESPONSABILIDAD DE INTERVENCION .....	113
1.6.3. INTERES GENERAL: EMPRESA PÚBLICA .....	114
1.7. LIBERTAD DE EMPRESA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	117
<b>CAPITULO 2 .....</b>	<b>123</b>
<b>NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.....</b>	<b>123</b>
2.1. LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO SUBJETIVO.....	123
2.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL .....	130
2.3. ¿ES LA LIBERTAD DE EMPRESA UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL? .....	138
2.4. ¿EXISTE UN CONTENIDO ESENCIAL EN LA LIBERTAD DE EMPRESA? .....	143
2.5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL .....	151
<b>CAPITULO 3 .....</b>	<b>157</b>
<b>REGIMEN JURIDICO COMUNITARIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MERCADO DE LA UNION EUROPEA.....</b>	<b>157</b>
3.1. MODELO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA.....	157
3.2. LA INTEGRACIÓN DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA .....	170
3.3. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO COMUNITARIO.....	175
3.4. UBICACION DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO COMUNITARIO .....	181
3.5. POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTENIDOS BÁSICOS QUE DEBE RESPETAR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA .....	191

<b>PARTE II .....</b>	<b>207</b>
<b>REGULACION Y LIMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU RELACION CON OTROS DERECHOS Y BIENES CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>207</b>
<b>CAPITULO 4 .....</b>	<b>209</b>
<b>PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.....</b>	<b>209</b>
4.1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, ANALISIS DEL ARTICULO 38 CE. ....	209
4.2. ECONOMÍA DE MERCADO.....	218
4.3. DEFENSA DE LA PRODUCTIVIDAD.....	230
4.4. EXIGENCIAS DE LA ECONOMÍA GENERAL.....	235
4.5. LA PLANIFICACIÓN.....	244
<b>CAPITULO 5 .....</b>	<b>251</b>
<b>REGULACION Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.....</b>	<b>251</b>
5.1. LA LEY COMO FUENTE LEGÍTIMA DE LIMITACIONES.....	264
5.2. LA RESERVA DE LEY.....	270
5.3. LA RESERVA DE LEY Y LA ADMINISTRACION.....	275
5.4. OTROS LÍMITES LEGALES A LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	282
5.5. LIMITES IMPUESTOS POR OTROS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES.....	290
5.6. ENFOQUES RESPECTO A LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	319
<b>CAPITULO 6 .....</b>	<b>329</b>
<b>RELACION DE LA LIBERTAD DE EMPRESA CON OTROS DERECHOS Y BIENES CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>329</b>
6.1. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, EL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE PROFESIÓN U OFICIO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	331
6.2. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	350



6.3. DERECHO DE LA PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE EMPRESA .....	358
6.4. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL MEDIO AMBIENTE .....	364
6.5. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA IGUALDAD .....	372
6.6. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SALUD .....	381
6.7. LIBERTAD DE EMPRESA Y EDUCACION .....	387
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>392</b>
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>407</b>
BIBLIOGRAFÍA .....	421



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## RIASSUNTO

La presente tesi è stata iniziata nell'inverno del 2009, quando ho superato l'esame di sufficienza di ricerca, nella mia Università di Alicante; all'epoca avevo iniziato gli studi sulla natura della libertà d'impresa nella Costituzione spagnola, dopodiché il percorso è stato cambiato analizzando sempre lo stesso diritto ma a partire dai suoi limiti (limiti di cui non conoscevamo l'esistenza e la provenienza), con questo studio abbiamo cercato di approfondire questo dibattito, per realizzarlo è stato di grande aiuto il soggiorno fatto durante l'autunno del 2012 presso l'Università degli Studi di Milano, in particolar modo nello sforzo fatto per citare il diritto comparato.

Gli studi sulla libertà d'impresa sono sempre più numerosi e impegnativi e sempre più in grado di soddisfare importanti ricerche in varie discipline, non solo in quella giuridica.

L'analisi della libertà d'impresa, che proviene principalmente dalle dimensioni del fenomeno della globalizzazione, dalla attuazione di certe politiche e ora nel processo di crisi dello Stato sociale, diventa ancora più necessaria soprattutto negli ultimi anni in cui questa analisi è stata oggetto di un intenso dibattito dottrinale, anche se, rispetto alla novità e alla complessità della sua natura, si potrebbe sostenere che è impossibile non trattarlo come un problema costante.

Durante la ricerca che ha dato luogo alla presente tesi, si è analizzato il concetto di costituzione economica e le relazioni che ha nei diversi scenari. Il motivo per il quale lo studio è partito da questa analisi è perché si ritiene che l'economia sia sempre presente nel comportamento umano e cioè nei rapporti tra gli individui e quindi nelle società, di conseguenza possiamo assistere ai cambiamenti sempre più significativi nella politica economica degli Stati, a partire dalla loro Costituzione, dove nascono le politiche economiche che sviluppano le attività nell'economia nazionale ed internazionale.

È pur vero che il dibattito economico ha sempre una dimensione sociale, se si afferma che le persone siano le protagoniste e la finalità di ogni attività economica.

Gli aspetti economici sono inevitabilmente accompagnati dalla componente umana, per questo motivo è importante l'analisi dello Stato sociale cui fanno riferimento le Costituzioni consultate in questo studio.

In virtù di queste affermazioni abbiamo cercato di proiettare ed identificare nel primo capitolo quali siano i problemi creati dalla costituzione economica sulla libera impresa e sullo stato sociale.

Questa tesi propone di condurre una ricerca che ci permette, da un lato di spiegare il concetto di libera impresa nel suo contesto di riferimento nel sistema giuridico spagnolo e comunitario, dall'altro di analizzare il significato e l'importanza della libertà d'impresa in Europa utilizzando come quadro di riferimento l'idea di costituzione economica.

Infine questa tesi si pone l'obiettivo di analizzare il contenuto ed i limiti nella Costituzione spagnola e le modifiche compiute dagli standard europei e di prendere in considerazione le implicazioni derivanti dalla crisi dello Stato di benessere (welfare) causata dalla globalizzazione economica.

Partendo dallo Stato sociale inteso come contesto del diritto alla libertà d'impresa cercheremo di approfondire nel secondo capitolo lo studio del concetto e della natura giuridica dello stesso diritto.

Nell'articolo 38 CE, (Costituzione Spagnola) si stabilisce che i poteri pubblici hanno l'obbligo di garantire e proteggere la libertà d'impresa in quanto: *"il suo esercizio e la salvaguardia della produttività"*, che comprende pure un mandato di direzione, *"secondo le esigenze dell'economia generale e, se del caso, della pianificazione"*, mentre l'articolo 128 CE condiziona tutta la ricchezza nazionale all'interesse generale.

Le discussioni che nascono dalle dimensioni della libertà d'impresa sono varie e contraddittorie, per questo motivo abbiamo il proposito di scoprire quali aspetti dell'interpretazione dell'articolo 38 CE ci permettono di affrontare la questione della natura giuridica della libertà d'impresa, le caratteristiche generali di questa legge e dei suoi limiti.

Una volta vicini all'approccio del concetto di libertà d'impresa nel suo ambito di riferimento nel sistema giuridico spagnolo e comunitario, sarà nostra cura nel terzo capitolo l'analisi concettuale generale del significato e dell'importanza della libertà d'impresa nel campo europeo, utilizzando come contesto la concezione di costituzione economica; si analizzeranno, inoltre, il contenuto ed i limiti della Costituzione spagnola e le modifiche compiute dagli standard europei.

Il processo di integrazione europea a partire dal Trattato di Maastricht (la scomparsa dell'autonomia dello spazio di stato in particolare nel campo economico) aveva permesso la coesistenza tra il modello di Stato legato al *welfare (stato del benessere)* ed il progetto di integrazione volto alla creazione di un mercato comune ed unico.

La libertà d'impresa mantiene la sua configurazione nelle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea rispondendo alla logica dello Stato Sociale, questa realtà produce una contraddizione a livello statale, dove la realtà non corrisponde alla costituzione; una contraddizione tra il costituzionalismo creato con il processo di costruzione dello stato sociale e la realtà costituzionale rappresentata dall'integrazione europea.

La seconda parte della tesi ha come obiettivo quello di comprendere se esistano o meno, limiti o barriere per i poteri pubblici, in particolar modo per coloro i quali creano le regole di sviluppo delle attività economiche, cioè i legislatori. Se esistano o meno limiti ai valori ed ai principi costituzionali, al diritto che è oggetto di questo studio nell'ambito dell'economia di mercato come struttura di riferimento o contesto in cui si trova la libertà di impresa, e che riconosce la Costituzione.

Inoltre, in questa ricerca si sono esaminate le principali sentenze della Corte costituzionale spagnola per risolvere lo status giuridico della libertà d'impresa, allo scopo di evidenziare la confusione o le inesattezze generate dalla stessa giurisprudenza. Pertanto, si ritiene che questa sia una delle grandi questioni che oggi dobbiamo approfondire e chiarire, allo stesso tempo si ha l'intenzione di definire la natura giuridica della libertà d'impresa, cercando di comprendere se sia protetta attraverso la tecnica di garanzia istituzionale, ad esempio.

In quanto riteniamo che il mercato, e tutte le attività economiche che all'interno dello stesso sono svolte, non può essere estraneo alla realtà dello Stato, ma piuttosto

complementare, sarà proprio quello che cercheremo di esporre in questo studio, avvalendoci sia del sistema giuridico spagnolo, il comunitario della Unione Europea, e la dottrina e la giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola ed europea, confrontando un'analisi critica di entrambi.

Domandarsi su tutti questi aspetti sulla libertà d'impresa e soprattutto sui propri limiti, risveglia uno speciale interesse da parte dei problemi attuali derivati dell'attività economiche in tutti gli Stati del mondo. L'attuale crisi economica sta costringendo tutti i settori di studio ad unire gli sforzi nella ricerca di soluzioni, così come la comprensione di ciò che è realmente accaduto, vale a dire, se la deregolamentazione dei mercati è stata la causa principale, o no, e soprattutto al fine di evitare future crisi di questo tipo. È anche importante a questa indagine, di risolvere la questione del ruolo svolto dalla interpretazione contemporanea della libertà di impresa e dei suoi limiti in questa crisi.

Alla fine della presente tesi è importante osservare che dentro del contesto dove si svolgono le regole che sviluppano la libertà d'impresa nello Stato sociale riconosciuto dalle Costituzioni studiate, cioè costituzione economiche che alla stessa volta riconoscono una economia di mercato che è il contesto delle politiche economiche degli Stati che limitano le attività della libertà d'impresa, e soprattutto le azioni delle autorità pubbliche che la proteggono. In questo scenario troviamo altri diritti e valori costituzionali che assieme alla libertà d'impresa impongono altri limiti alla stessa, limiti (principi e valori) che pretendono il migliore sviluppo dello Stato Sociale, in maniera che comprendendo i limiti della libertà d'impresa congiuntamente ad altri diritti costituzionali, diventa fondamentale la protezione di ognuno di questi diritti senza sacrificare un altro, come vedremo nel capitolo sei di questa tesi.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

AAVV	Autores Varios
Art.(s)	Artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CCOM	Código de Comercio
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CNS	Constitución Salvadoreña
CSJ	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
DO	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
FJ	Fundamento Jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
INI	Instituto Nacional de Industria
LO	Ley Orgánica
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos



OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OIC	Organización Internacional del Comercio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RDleg	Real Decreto Legislativo
ReDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
SC	Sala de lo Constitucional de El Salvador
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
s(s).	Siguiente(s)
SSC	Sentencia Sala de lo Constitucional de El Salvador
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional español
TCE	Tratado Consultivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo español
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
vs/v.	Versus/contra

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## INTRODUCCIÓN

Desde siempre la economía en una amplia dimensión, se encuentra presente en las conductas humanas y en consecuencia en las sociedades, y por tanto, podemos verificar cambios cada vez más sustanciales en la política económica de los Estados<sup>1</sup>.

La cuestión económica siempre tiene una dimensión social<sup>2</sup> al afirmar que las personas son los exclusivos protagonistas y responsables de toda actividad económica. Ya sea individualmente o a través de organizaciones, o asociaciones, o desde la estructura social que contiene todo espacio geográfico y político, los aspectos económicos están inevitablemente acompañados de dicho componente humano.

Actualmente en el marco europeo, que como veremos, será en muchas ocasiones el escenario de nuestro objeto de estudio, se dice que bajo el impulso de la institución comunitaria, los mercados son objeto de medidas para alcanzar una *liberalización de la economía*<sup>3</sup>, dichas medidas han sido especialmente dirigidas para garantizar el funcionamiento del mercado abierto a la libre competencia<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Algún aspecto central de la política económica de los Estados continúa radicando sustancialmente, en manos de los mismos, a pesar de los problemas actuales presentes en la política económica de los Estados. Indudablemente, el fin principal y aún la naturaleza esencial de la construcción europea es notablemente económica. La manifestación más acertada de dicha naturaleza ha sido la consecución de la unión económica y monetaria. Cfr. J. Roldán Barbero, *La Unión Europea y la soberanía de España*, en: ReDCE. Año 6. N° 12., Julio-diciembre/2009. p. 255.

<sup>2</sup> Al referirnos a una dimensión social, hablamos de la integración de los contenidos materiales que se han dotado a la sociedad. De forma que es posible personificar la concepción del constitucionalismo social, donde solo se puede conseguir la efectividad y el pleno goce de los Derechos Humanos mediante la garantía estatal de condiciones mínimas de existencia material del individuo. R. Aguilera Portales y D. R. Espino Tapia, *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho*, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, pp. 134-135.

<sup>3</sup> Como noción de la liberalización de la economía, se entienden aquellos procesos que garantizan la creación de estructuras de mercado, basadas en los principios de libre competencia. En España, estos procesos se han basado en dos actividades: la persecución de actividades empresariales prohibidas y el análisis de las operaciones de concentración. Cfr. A. Guerra Fernández, *La defensa de la competencia en*

Los estudios sobre la libertad de empresa son cada vez más numerosos y extenuantes, y cada vez es más posible encontrarnos con importantes investigaciones de diversas disciplinas.

Y se vuelve aún más necesario el análisis de ésta temática, que actualmente cobra muchas dimensiones principalmente a partir del fenómeno de la globalización<sup>5</sup>, sobre todo en el ámbito económico<sup>6</sup>, en los resultados de la aplicación de ciertas políticas<sup>7</sup>, y ahora, en el proceso de crisis del Estado Social<sup>8</sup>, que especialmente en los últimos

---

*España: evaluación del modelo actual ante el reto de la modernización en la Unión Europea*, en: *Ekonomiaz*, N° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 168-169.

<sup>4</sup> Como una pequeña introducción y sin mayor profundización, podemos definir a la libre competencia como una incentiva de innovación, al promover la lucha de las empresas por obtener en el mercado una cuota, mediante la atención a las nuevas necesidades detectadas o incluso la propuesta al consumidor de nuevos bienes y servicios. Cfr. C. Alcaide Guindo, *La evolución de la política de defensa de la competencia*, en: *Información Comercial Española*, ICE: Revista de economía, 2005, Madrid, p. 245-246. No obstante, la cuestión que nos interesa son las consecuencias de la práctica de la libre competencia en el desarrollo de los principios del Estado social.

<sup>5</sup> Al hablar de globalización también se ha entendido un "procesos concurrentes y, a menudo, indisociable", conocido como *postfordismo*, que se establece por la presencia de una globalización de los mercados financieros. Lo relevante en nuestro estudio es que dicha globalización no es compatible con el Estado social. Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e integración europea*", en: *Revista de Derecho Político*, No. 54, 2002, pp.74 y ss.

<sup>6</sup> Aun cuando se ha afirmado que la globalización económica puede fomentar el crecimiento económico indispensable para el progreso social, no es suficiente por sí misma para asegurar dicho progreso. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el crecimiento económico debe ir acompañado de un conjunto de normas socio-laborales. Cfr. C. Doumbia-Henry y E. Gravel, *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: *Revista internacional del trabajo*, Vol. 125, N° 3, 2006, p. 211. No obstante, la globalización económica se enfrentan numerosos descontentos, se pone continuamente de manifiesto la idea de que los cambios en curso en el escenario mundial benefician, sobre todo, a unos pocos países, no llegando las ventajas a gran parte de la humanidad. Cfr. R. Tamamaes, *Sin alternativa a la globalización, (Globalization: There is no other way)*, en: *Revista de Economía Mundial* 18, 2008, p.135.

<sup>7</sup> El Estado social de Derecho es, en teoría, aquel Estado que basado en los principios de solidaridad y justicia social, garantiza a todos los ciudadanos el acceso a igualdad de oportunidades para el desarrollo de su personalidad. Este modelo de Estado ha entrado a una crisis teleológica ante los avances actuales y el fenómeno de la globalización. Cfr. G. Maestro Buelga, *Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea*, en: *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo)*. AAVV. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 68 y ss.

<sup>8</sup> Entendemos como "crisis del Estado social", al incumplimiento del precepto constitucional, es decir, a las contradicciones entre el principio jurídico adoptado y el desarrollo real de las actividades económicas del mismo, entre otras; al fracaso de la persecución de los fines del mismo, al fracaso del

años, ha sido objeto de intensa discusión doctrinal, aunque, frente a la novedad y complejidad de este fenómeno, bien puede afirmarse que es imposible tratarlo como un tema zanjado.

En España por ejemplo, la liberalización de los mercados rompe con el sistema financiero internacional instaurado después de la Segunda Guerra Mundial, que actuaba como una de las bases económicas del keynesianismo<sup>9</sup> económico español. Sin embargo, la apertura de estos mercados financieros redefine la relación capital financiero - capital industrial, entorpeciendo el funcionamiento del sistema en su conjunto, esencialmente, supone una ruptura de los mecanismos de integración del trabajo fundados por el Estado Social, y de ésta manera se desvincula la política económica nacional de una política de control de la economía, provocando también una ruptura del vínculo político y el mercado.

No obstante, se cuenta con una regulación económica constitucional, cuyo estudio ampliaremos, en la que se encuentra un nacionalismo económico, que responde a una realidad en la que la desvinculación del control de la economía no logra encontrar un equilibrio entre factores como el crecimiento de la producción y el aumento de los salarios, compatibles con el consumo, por citar un ejemplo. Y de la misma manera, se cuenta con una regulación económica de origen supranacional que, adaptada a los cambios actuales, impone normativas con el fin de adoptar una regulación de apertura de los mercados, dentro del espacio comunitario.

De forma que someteremos la presente investigación a dos espacios de regulación de la economía uno de origen nacional (español) y otro supranacional (de la Unión Europea), teniendo en cuenta que éste último ha ido sustituyendo a aquella

---

desarrollo del concepto socioeconómico y sociopolítico de “Estado de bienestar”. Cfr. R. Aguilera Portales y D. R. Espino Tapia, *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho*, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, pp. 111-139.

<sup>9</sup> A propósito de Keynes, queremos hacer constar que se ha dicho que se preocupó mucho de la cuestión de cómo incrementar la renta global, se ocupó relativamente menos de analizar los problemas relativos a la distribución desigual de la riqueza y el bienestar social. Cfr. A. Sen. *Capitalismo más allá de la crisis*, en: *El Viejo topo*, N°. 255, 2009, pp. 16-23.

regulación constitucional de sus países miembros, en la que se reconoce la realidad económica con pautas de nacionalismo económico, y que, a su vez, busca un equilibrio en el aumento de los salarios para sostener al consumo nacional. Hablamos de equilibrios entre desarrollo interno y apertura económica desde una normativa adaptada a las nuevas circunstancias de apertura de los mercados y desequilibrios respecto a los referentes keynesianos que hemos mencionado. Asimismo, expondremos elementos de crítica teniendo en cuenta la ruptura entre los objetivos del proyecto social reflejado en las Constituciones referidas y la realidad del ordenamiento infra constitucional y europeo.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En ese orden de ideas, pretendemos estudiar en la presente tesis, *la naturaleza jurídica y los límites de la libertad de empresa*, valiéndonos de elementos de análisis derivados de las afirmaciones que señalan por ejemplo, que *“la globalización se opone al Estado Social”*<sup>10</sup>; ya que afirmaciones como ésta sitúan nuestro estudio de la economía en el ámbito comunitario, en un espacio de tensión entre las Constituciones económicas internas de los Estados miembros, que en términos genéricos nos permiten identificarlas con el Estado Social, y los imperativos de la globalización del capital que se plasman en obligaciones internacionales para los mismos Estados. De forma que de la estrategia globalizadora se derivan distintas decisiones políticas que construyen el nuevo marco de relaciones entre los sujetos activos en el mercado. Así, por ejemplo, entre las nuevas propuestas que incorpora el Estado Social, tanto en el ámbito de la intervención económica de raíz keynesiana, como en la protección social, configurando al salario social como un factor del coste internacional de la producción, con lo que podemos sostener que decisiones como ésta sitúan a la estrategia globalizadora en contraposición con los elementos que caracterizan a esta forma de Estado.

De lo anterior provienen consecuencias como en la que nos encontramos en la situación actual, que no corresponde a la de vigencia del Estado social, sino a la de su crisis, de suerte tal que definir los conceptos básicos de estudio por referencia al Estado social y su relación con la realidad económica de la globalización, construiría

---

<sup>10</sup> Entendemos que la globalización se opone al Estado social, sobre todo cuando se ha afirmado que dicho fenómeno representa en principio, dos facetas, en las que por un lado, la integración económica y jurídico-institucional de grandes áreas regionales, en donde el paradigma en que se piensa es siempre la Unión Europea, aunque no sea el único caso, existen otros ejemplos de políticas económicas y jurídicas de apuesta por la competencia, como el Mercado Común del Sur de América Latina, (MERCOSUR); por otra parte, también la realización de políticas de liberalización de los mercados financieros a nivel mundial, en un proceso de internacionalización de la producción de bienes y servicios, en el que se incorporan las nuevas tecnologías de la información y avances de sistemas de transporte permiten acortar las distancias en todo el planeta. Cfr. G.J. Barreiro González, *La globalización económica como manifestación especial de la propiedad de la empresa, efectos sobre el derecho del trabajo y posibles soluciones*, en: *Propiedad y derecho social*, 2007, p. 116.



una verdadera dificultad en la que existe una especie de "Constitución económica compleja", en la que encontramos fuentes nacionales, regionales e internacionales. No obstante, ésta realidad no se define por referencia a los conceptos y las categorías propios del Estado social, sino de presupuestos económicos opuestos, que dificultan la compatibilidad entre el Estado Social y la globalización económica. Sin embargo, omitiremos desarrollar la presente tesis partiendo de dicha contraposición y nos centraremos en las distintas funciones del Estado en la economía, partiendo de la categoría del Estado social como marco general de referencia para el análisis del artículo 38 CE, porque buscaremos en la presente investigación, partir de la retórica normativa que nos describe jurídicamente qué es el *Estado social* para poner de manifiesto las contraposiciones que expone la realidad actual.

Ahora bien, si la globalización es sinónimo de la desvinculación política, del control de la economía, de la ruptura del vínculo político<sup>11</sup> del mercado, entonces podemos afirmar que también supone esencialmente una ruptura de los mecanismos e integración del trabajo fundados por el Estado Social<sup>12</sup>. Recordemos que los derechos sociales "expresan el nivel de garantía política de la integración económica"<sup>13</sup>, y consecuentemente, los límites impuestos por el Estado social resultan ser la base del equilibrio entre el capital y el trabajo, así pues, el pleno empleo constituiría un vínculo político económico entre el Estado y el funcionamiento del mercado.

Por otra parte, en el desarrollo del presente trabajo, entendemos como globalización en el ámbito económico, un proceso continuo y dinámico que hasta la fecha ha

---

<sup>11</sup> La política y la economía son dos esferas distintas con un grado de autonomía relativo, entre las que se establece una relación de interdependencia. Esta relación de interdependencia es necesaria para la una y la otra, de modo que resulta complementaria en muchas ocasiones pero que es conflictiva en otros casos, resultando muy difícil delimitar las líneas fronterizas, pues la economía es a su vez política y la política tiene un elevado componente económico.

<sup>12</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica...*", ob. cit., pp.74 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. M. A. García Herrera, *Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa*, en: La protección de los derechos fundamentales en la UE, Concurera Atienza, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

desafiado y sometido a contradicciones los ordenamientos<sup>14</sup> en relación a la regulación del funcionamiento de empresas y el comportamiento económico de los individuos a nivel internacional, aprovechando irregularidades y debilidades en los sistemas de países con dichos ordenamientos, especialmente para aquellos en vías de desarrollo, según los informes del Fondo Monetario Internacional (FMI), que sitúa a los países centroamericanos, como El Salvador, por ejemplo, en esta categoría, considerando la intervención estatal como perjudicial a los intereses de esas empresas y que además asevera que la idea misma del desarrollo social como meta y objetivo gubernamental o estatal precluye la libertad individual y distorsiona tanto la sociedad como el mercado. A partir del espacio económico europeo, puede medirse el impacto que dicho fenómeno produce en las legislaciones nacionales, en la participación de los Estados en este proceso, en general dentro de la Unión Europea, en donde un modelo político económico recientemente gestado condiciona a los ordenamientos nacionales y sobre todo los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

De esta manera resulta que la libertad de empresa conserva su configuración en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión europea, respondiendo a la lógica del Estado social salvo las modificaciones introducidas relativas al equilibrio fiscal, inicialmente en Alemania y posteriormente en otros estados, como en España, donde la reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social.

En el desarrollo de nuestro estudio, analizaremos si la realidad coincide o es, diversa a aquella que tradicionalmente buscaba el Estado social, o si en cambio, se ve modificada en los ordenamientos, a partir de las exigencias del mercado, de modo que, si ése fuera el caso, podríamos afirmar la existencia de un nuevo paradigma que

---

<sup>14</sup> En este punto destacamos que las Constituciones siguen respondiendo a la lógica del Estado social salvo las modificaciones introducidas relativas al equilibrio fiscal, inicialmente desarrolladas en Alemania y luego en otros estados, como la reforma del art. 135 de la Constitución española

<sup>15</sup> *Ibíd.* pp. 46 y ss.

busca corregir en los ordenamientos esa subordinación al mercado, reorganizando y reconstruyendo los elementos sociales del modelo económico adoptado en un principio<sup>16</sup>.

A lo largo de este estudio planteamos el marco de desarrollo de las actividades empresariales que se ven afectadas por el alcance y las limitaciones o restricciones de la libertad de empresa, es decir, de la economía de mercado<sup>17</sup>, tal y como lo establece el artículo 38 de la Constitución española, y por tal razón consideramos que es importante dedicar espacios para identificar qué es la economía de mercado; la relación que existe entre la libertad de empresa y economía de mercado y porqué parte de la doctrina española ha tomado el artículo referido, como el eje de las cláusulas económicas de la Constitución, así como si es válido analizar la Constitución económica partiendo de esta base o más bien, entender a la libertad de empresa en el marco del Estado social, que promulga la misma Constitución española y a partir de las exigencias de dicho Estado social<sup>18</sup>.

La principal problemática que planteamos en este estudio es poner de relieve una dificultad estructural, en la que la redacción constitucional de la libertad de empresa y el amplio catálogo dogmático que se ha desarrollado en torno a ella partiendo del Estado Social, cuyos presupuestos económicos están en duda en nuestra época, en la que la globalización supone presupuestos económicos distintos. Y es por ésta razón

---

<sup>16</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Constitución compuesta y relación ordinal: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea*, en: Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo). AAVV. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 70 y ss.

<sup>17</sup> A lo largo de nuestro estudio, profundizaremos la cuestión de las restricciones o límites a la libertad de empresa, y analizaremos si la *competencia* es o no un factor que pertenece a dicha categoría, sobre todo, a partir de la idea en la que se reconoce a la competencia como "principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa". Cfr. A. Petitbó, *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en: *Economía Industrial*, N° 349-350, Madrid, 2003, p. 130.

<sup>18</sup> Se dice que dichas exigencias, vienen sentadas a la luz de las bases de una interpretación constitucional que afecta directamente a la constitución económica, sobre la centralidad del trabajo. Cfr. G. Maestro Buelga, "Constitución económica e integración europea", en: *Revista de Derecho Político*, No. 54, 2002, p. 64.

que abordar la libertad de empresa desde la sistemática constitucional corre el riesgo de quedarse en un mero nominalismo. Pero, por el otro lado, abordar la libertad de empresa desde la realidad del funcionamiento económico plantea el problema de legitimar la realidad sin plantearse los problemas normativos que emanan del enfrentamiento o incompatibilidad con los presupuestos constitucionales, sostenidos por el Estado social.

Por otra parte, en el presente trabajo de investigación observaremos cómo a partir del análisis de las principales Sentencias del Tribunal Constitucional español que resuelven la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, puede derivarse la confusión o imprecisión que de las mismas se ha generado. Por tanto, consideramos que se trata de una de las cuestiones primordiales que hoy estudiamos, y pretendemos aclarar, y que permitirá establecer si la libertad de empresa tiene un contenido esencial, si se protege a través de la técnica de la garantía institucional o si ninguna de ellas encaja con la libertad de empresa.

Pretendemos demostrar que la Constitución reconoce el libre ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado, analizando si se establecen las fronteras de actuación<sup>19</sup> de los poderes públicos, especialmente la de los aquellos a quienes se les encomienda la función de crear las normas que despliegan y establecen las actividades económicas ejercidas por los particulares<sup>20</sup>. Y si están obligados a limitar la libertad de empresa para satisfacer bienes, valores y principios constitucionales. Y a propósito, consideramos preciso cuestionarnos si es suficiente con que el Estado cree normas jurídicas de garantía de funcionamiento del mercado; o si por el contrario,

---

<sup>19</sup> Como ya hemos dicho, esas fronteras de actuación, son aquellos límites que pretendemos desarrollar a lo largo de nuestro estudio, porque consideramos de gran relevancia realizar un verdadero análisis sobre el contenido esencial de la libertad de empresa y sobre los límites a la injerencia estatal a la actividad económica de los particulares porque "son límites propios y no simplemente en la medida en que se vean afectados los demás derechos implicados" en las diversas actuaciones económicas. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en: AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 27-28.

<sup>20</sup> Uno de los ejemplos de límites a la libertad de empresa, fijados bajo la potestad normativa de la ley tienen como único fin la protección de la igualdad de las transacciones para salvaguardar a los particulares, en situaciones contractuales, frente al empresario. Y por esta razón es que generalmente la regulación legal busca preservar el buen funcionamiento del mercado dictando normas sobre marcas, publicidad, defensa de la competencia, consumo, regulación de precios, etc.

hace falta una actividad positiva del Estado, de fomento, de promoción, de estímulo, etc., ya que de ser así, la libertad de empresa no es una auténtica libertad negativa, sino que necesita de una cierta actividad positiva del Estado con consecuencias jurídicas<sup>21</sup>.

Como sabemos, la constitución económica comunitaria surge como espacio de transformación del constitucionalismo, y como la base de una nueva constitución material suponiendo la ruptura del Estado social. De suerte que podemos decir que dicha “constitución económica comunitaria”<sup>22</sup> es presentada como el escenario de resolución de las relaciones entre ordenamientos, siendo que para establecer tanto el conjunto jurídico constitucional como el institucional europeo se parte desde la realidad material del mercado

La unificación de los mercados pertenecientes a cada uno de los diversos Estados miembros del mercado único europeo se realiza desde el mercado y en confrontación con el constitucionalismo social. De tal suerte que nos encontramos frente a una nueva forma de Estado, *Estado mercado*, cuya constitución material sería la nueva constitución económica adoptada por los Estados miembros de la integración que, además, destroza los vínculos sociales al sistema económico que se establecen en el constitucionalismo social. Nos situamos frente al mercado como centralidad del Estado, colocando en riesgo su autonomía y la actividad pública de tutela y garantías.

Si el mercado debe ser salvaguardado y a la vez, se tiene que fomentar el impulso del capital, entonces la intervención pública de la economía orientada a ambas finalidades, encuentra su legitimación en el mercado. Y de ahí que deriven otros

---

<sup>21</sup> A propósito de las consecuencias jurídicas sobre las que las partes pueden valerse ante los Tribunales, hacemos notar que en el ámbito de las relaciones comerciales, es importante sobre todo porque el ordenamiento debe recoger una conducta honesta en el tráfico de las relaciones contractuales, y por ello se afirma que el hecho decisivo no está en la supuesta existencia de una Constitución económica, entendida en términos materiales o sustantivos, sino que reside en que la Constitución, como un todo, se proyecta efectivamente sobre la economía y la sociedad, y contiene, además, normas específicas que versan sobre la actividad y el proceso económico. Sólo de este hecho cabe deducir consecuencias jurídicas. J. Alfaro Águila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, pp. 940-941.

<sup>22</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, “Constitución económica e...”, ob. cit., p. 97-111.

conflictos, como aquel de la relación entre el capital como fuerza dominante y el trabajo como fragmentación y disminución del movimiento obrero. Estos conflictos encuentran un fundamento jurídico en la contradicción<sup>23</sup> entre constitución formal nacional y nueva constitución material, resuelta por la armonización que produce la constitución económica comunitaria con el constitucionalismo estatal, según las bases de la integración europea.

Igualmente, consideramos que el *mercado*<sup>24</sup>, y cualquiera de las actividades económicas que dentro del mismo se llevan a cabo no pueden ser una realidad ajena al Estado<sup>25</sup>, sino más bien complementaria al mismo<sup>26</sup>, y eso es precisamente lo que trataremos de demostrar a lo largo del presente estudio, valiéndonos para el caso, del ordenamiento jurídico español que recoge el derecho objeto del análisis, de la doctrina, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del análisis crítico que de las mismas se realice.

---

<sup>23</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea*, en: Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo). AAVV. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 70 y ss.

<sup>24</sup> Se sostiene que los elementos de intercambio en el mercado no son "meras cosas" sino derechos que vienen delimitados por un sistema jurídico, y consecuentemente éste tendrá siempre una enorme influencia en el mecanismo económico, sin caer en el riesgo de convertirse un simple "servidor" del mercado. *Ibíd.*, pp. 940-941.

<sup>25</sup> En el marco de la crisis económica actual, se ha llegado a afirmar que la intervención pública tiene que ser temporal. Una vez superada la emergencia, el Estado deberá reasumir "un papel aséptico de regulador, dejando las elecciones y el funcionamiento de la economía a la, así llamada, mano invisible de los mercados. Afirmaciones como ésta trataremos de discutir en nuestra investigación para poder esclarecer la verdadera relevancia y necesidad de la intervención del Estado en las actividades económicas. Cfr. F. Galiardi, *Políticas anticrisis y paro: una comparación entre Italia y España*, en: *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº. 73, 2010 (Ejemplar dedicado a: Nueva política de transporte para el siglo XXI. La respuesta al reto de la sostenibilidad), pp. 250-251.

<sup>26</sup> Así como también, la de promulgar "una regulación con forma de recomendaciones que hace la propiedad autoridad supervisora del mercado" de modo que los poderes públicos no constituyan simples espectadores de las actividades del mercado. *Ibíd.*, p. 969.

## OBJETO DE ESTUDIO

La presente tesis tiene como objeto realizar un trabajo de investigación que nos permita, en primer lugar, aproximarnos al concepto de libertad de empresa<sup>27</sup>, dentro de su marco teórico de referencia en el ordenamiento jurídico español y en el comunitario de la Unión Europea, es decir, un análisis conceptual general del significado y significación de la libertad de empresa en el ámbito europeo, utilizando como marco de referencia la idea de *constitución económica*. Por otra parte, hacer un análisis del contenido y límites en el ordenamiento constitucional español y las transformaciones provocadas al mismo por la normativa europea. Asimismo, examinar las consecuencias del momento que actualmente podríamos caracterizar como de crisis del estado social, analizándolo a partir del mismo Estado social y como un resultado de los efectos de la globalización económica.

Con dicha finalidad pretendemos realizar una reconstrucción descriptiva del régimen jurídico de la libertad de empresa, del cual deriva nuestro objeto de estudio que es la naturaleza jurídica y los límites de la libertad de empresa en el ordenamiento jurídico español, a la luz de las transformaciones que en la materia produce la globalización económica, el ordenamiento jurídico comunitario y su recesión por las normas infra constitucionales y para realizar dicho estudio nos ampararemos en diversos conceptos como: constitución económica, control constitucional de la libertad de empresa, régimen jurídico comunitario de la libertad de empresa en el mercado de la Unión Europea, entre otros; aportando elementos de crítica y observando sobre todo, el análisis que deriva de la ruptura entre las intenciones originales del proyecto

---

<sup>27</sup> Definir la libertad de empresa, no es una tarea fácil, y es por ello que en esta etapa de nuestro estudio, lo fundamental será analizar los conceptos que ayudan a comprender el significado de libertad de empresa, preguntarse si la economía de mercado, supone que el concepto de libertad de empresa, (concebido como libre competencia) da al Estado un nuevo papel: proteger estas libertades y garantizar su eficacia jurídica y material, que al inicio de nuestro estudio, quedan completamente desvirtuadas, en principio por la Constitución española que establece el fin que deben garantizar los poderes públicos no es otro que el Estado social.

social reflejado en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea y la auténtica realidad del ordenamiento infra constitucional y comunitario actuales

En el transcurso del presente estudio, trataré de demostrar que la Constitución reconoce el libre ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado, y lo que pretendemos investigar en las páginas que siguen, es si establece al mismo tiempo y de manera estricta las fronteras de actuación<sup>28</sup> de los poderes públicos, y en especial la de los legisladores a quienes se les encomienda la función de crear las normas que desarrollen de manera efectiva las actividades económicas que los particulares ejercen. Así como también, si el legislador está obligado a limitar esa libertad de empresa para satisfacer bienes, valores y principios constitucionales.

Asimismo, pretendemos establecer si existe o no un contenido constitucionalmente establecido que vincule al legislador a la hora de desarrollar las regulaciones del derecho, o si éste puede limitar la libertad de empresa sin restricción alguna, en qué medida puede hacerlo y en atención de qué contenidos constitucionalmente vinculantes. Ya que partimos de la idea de que el límite de la política económica se consigue mediante la intervención de los poderes públicos<sup>29</sup> en las actividades

---

<sup>28</sup> Como ya hemos dicho, esas fronteras de actuación, son aquellos límites que pretendemos desarrollar a lo largo de nuestro estudio, porque consideramos de gran relevancia realizar un verdadero análisis sobre el contenido esencial de la libertad de empresa y sobre los límites a la injerencia estatal a la actividad económica de los particulares porque "son límites propios y no simplemente en la medida en que se vean afectados los demás derechos implicados" en las diversas actuaciones económicas. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en: AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 27-28.

<sup>29</sup> Se concibe la intervención de los poderes públicos de manera que éstos pudieran limitar derechos sometiendo a la libertad de los mercados a severas restricciones, tanto formales, mediante ley, como materiales, y siempre por motivos de utilidad pública, pero no, en cambio, aquellas otras actuaciones destinadas a favorecerlos o a protegerlos. Y entendemos que tales restricciones son posibles llevarlas a cabo mediante normas cuya, en sentido amplio, sería la de determinar los instrumentos de intervención de los poderes públicos; proporcionar la justificación de tal intervención, confiriéndole legitimidad; y establecer el ámbito irreductible de libertad reconocido a los particulares, los límites infranqueables de la intervención pública. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º. 14, 1993, pp. 41-48.

Asimismo, los fines económicos que deben orientar la intervención de los poderes públicos quedan igualmente condicionados y modulados de forma más profunda por la Unión Europea, especialmente después de la entrada en vigor de la tercera y definitiva fase de la unión monetaria y de la efectiva



económicas, al menos en principio, y efectivamente se tiene a la Constitución<sup>30</sup> como el principio rector de las mismas, la actividad económica debe regirse por principios jurídicos y no por decisiones particulares, como en el caso de los intereses propios del mercado<sup>31</sup>.

Como veremos en el primer capítulo, de la lectura de las disposiciones de la Constitución de Weimar, puede rescatarse el precedente de un sistema de economía de mercado bajo la consideración de una forma de intervencionismo y una “forma de economía guiada y de un verdadero cambio del arreglo económico general”.<sup>32</sup> Partiendo de dicha premisa, intentaremos resolver las cuestiones que derivan de la relación entre el Estado social y del funcionamiento eficaz de la libertad de empresa en el marco de los derechos fundamentales.

El artículo 38 CE, que se encuentra en la sección segunda del capítulo segundo de los Deberes y Derechos de los ciudadanos, encomienda a los poderes públicos garantizar y proteger “*su ejercicio y la defensa de la productividad*”, incluyendo al mismo tiempo un mandato de dirección: “*de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”, al mismo tiempo que el artículo 128 CE supedita toda la riqueza nacional al interés general; de tal manera que las discusiones que emanan sobre las dimensiones de la libertad de empresa resultan variadas e incluso contradictorias, y por esa razón pretendemos descubrir qué aspectos de la interpretación de dicho artículo 38 CE nos permite aproximarnos a la cuestión de la naturaleza jurídica de la

---

puesta en marcha de la moneda única. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. Nº 71, mayo-agosto 2004, p. 131.

<sup>30</sup> A esta intervención de los poderes públicos, el Tribunal constitucional español, se ha dirigido en muchas ocasiones, señalándola como “la garantía de los intereses generales” que justifican dicha intervención, y aunque veremos estos casos con más detenimiento, podemos destacar algunos ejemplos: STC 11/81, F.J. 7; STC 22/81 F.J. y STC 66/91 F.J. 2.

<sup>31</sup> A esta intención de impedir que sea el mercado el que decida, ha sido llamada como la “juridización del mercado”, sometiéndolo a una serie de intervenciones que tienden a crear espacios sociales en los que se elimine espacios desmercantilizados mediante diferentes vías: garantías sociales, traspaso y gestión de recursos al ámbito público, creación de monopolios públicos en servicios básicos o intervenciones directas sobre el Mercado, bien a través de la iniciativa pública, bien suspendiendo o interrumpiendo la libre competencia. C. de Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: Teoría y Realidad Constitucional, n. 19, 2007, p. 202.

<sup>32</sup> Cfr. P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1996, p. 56.

libertad de empresa, las características generales de éste derecho y los límites del mismo.

Distinto al caso de la Constitución salvadoreña de 1983, en su artículo 101, sección segunda, del Capítulo quinto, dedicado al orden económico, en el que establece que “...*El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores*”. En este caso, vemos como el constituyente señala de manera más específica el mandato a los poderes públicos. Además, el artículo 102 de la CNS establece: “*Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social. El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país*”. Dejando todavía más claro, los deberes del Estado salvadoreño, salvaguardando siempre el “interés social”.

Investigar sobre la libertad de empresa despierta un especial interés a partir de la problemática actual que embarga a las actividades económicas en todos los estados del mundo. La vigente crisis económica<sup>33</sup> obliga a todos los ámbitos de estudio a reunir esfuerzos en la búsqueda de soluciones a la misma, así como en el entendimiento de lo que realmente ha sucedido, es decir, si la desregulación<sup>34</sup> de los mercados ha sido la causa principal, o no, y sobre todo como poder evitar futuras crisis de este tipo. Asimismo, es importante para esta investigación, resolver la

---

<sup>33</sup> Nos referimos a la crisis económica mundial actual, que ha puesto a prueba la capacidad de la Unión Europea para adoptar decisiones que permitan afrontar de forma eficaz, grandes exigencias, entre las que encontramos, colapso financiero, profunda recesión económica e intenso aumento en el desempleo; es en esta circunstancia en la que se toman en cuenta los límites del modelo vigente de integración regional, tanto en el campo económico como en el político. Cfr. M.A. García Díaz, *El Gobierno de la economía en la Unión Europea*, en: Revista de Derecho de la Unión Europea, Nº 16 - 1er semestre 2009, p. 175.

<sup>34</sup> Como veremos más adelante, y en palabras de Maestro Buelga, la "globalización se opone a regulación" ya que como es posible darnos cuenta en la realidad en que vivimos, "la desregulación supone la primera decisión política que establece las bases de la relación política – economía" es decir, las decisiones sobre el funcionamiento de las actividades del mercado en manos de unos pocos, y peor aún, los mismos. Cfr. G., Maestro Buelga, “*Constitución económica e integración europea*”, en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, pp. 80-82.

cuestión del papel que ha desempeñado la interpretación contemporánea de la libertad de empresa y sus límites en dicha crisis.

De manera que he considerado importante realizar un trabajo de investigación que identifique la existencia o no de factores relacionados con un fundamento constitucional que permitan el desarrollo de actividades económicas, que someta a un detenido estudio si efectivamente se cuenta con límites<sup>35</sup> que controlen el desarrollo de dichas actividades por parte de los poderes públicos. Por un lado, pretendemos destacar cuáles son los límites constitucionales existentes en la libertad de empresa y la vinculación que dichos límites tienen para el legislador y, por otra parte, cuáles son los límites que impone el contenido de la libertad de empresa al legislador al momento de regularla.

De momento, y como tendremos oportunidad de dar a conocer, el Tribunal Constitucional español no ha sido lo suficientemente claro en establecer la naturaleza jurídica de la libertad de empresa<sup>36</sup>, lo que nos obliga a dedicar una parte de la investigación al planteamiento de la misma. Intentar solucionar esta indecisión favorece a la búsqueda de una delimitación del derecho a la libertad de empresa, en donde puede exponerse con mayor facilidad cuáles son sus alcances y sus limitaciones<sup>37</sup> a partir de su análisis constitucional<sup>38</sup>, y sobre todo tomando en cuenta

---

<sup>35</sup> Es necesario hacer notar que sobre la cuestión de los "límites" a la libertad de empresa, no nos referimos de manera exclusiva a aquellos impuestos legalmente establecidos, sino que además a aquellos límites establecidos por el mismo funcionamiento y lógica de los mercados.

<sup>36</sup> Al mismo tiempo que el Tribunal Constitucional español, no ha esclarecido a este momento la cuestión de la delimitación de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, podemos afirmar, que ésta constituye, sin duda, uno de los debates más difíciles y controvertidos que plantea la interpretación del artículo 38 CE, ya que los particulares rasgos de las libertades económicas, junto a las dificultades para consensuar qué hay que entender por "derechos fundamentales", hacen extremadamente complicado aproximarse a resolver la cuestión.

<sup>37</sup> A propósito de los límites a la libertad de empresa, es importante tener en cuenta, que no siempre dichos límites se originan en las legislaciones, muchas veces encontramos que el mercado y su funcionamiento, limitan las actividades de la libertad de empresa, se ha dicho que la "economía social de mercado, se considerará siempre subordinada a la lógica del mercado y encontrará sus límites en su preservación. Cfr. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 8, 2007, p. 47.

<sup>38</sup> En nuestro primer capítulo, la tarea será descifrar la delimitación de la libertad de empresa, para poder establecer o al menos aproximarnos al concepto de naturaleza jurídica de la misma, para ello,

la información contradictoria que a la fecha se ha escrito sobre el tema, considero que el presente análisis nos permite realizar un examen a las situaciones que se han discutido por el Tribunal referido, a la luz de la aplicación de la libertad de empresa y de sus límites<sup>39</sup>, partiendo de sus sentencias como una fuente más en la elaboración de la presente tesis que, si bien, se abordarán desde un punto de vista crítico.

La investigación ofrece una introducción al desarrollo de los límites a la libertad de empresa<sup>40</sup>, tomando como apoyo la revisión de las Sentencias más destacadas del Tribunal Constitucional español que ponen de manifiesto los vacíos y las irresoluciones a las diversas contenciones suscitadas en casos concretos sobre la legislación española que regula las actividades económicas, que derivan del análisis de hasta dónde es permitida constitucionalmente la labor del legislador<sup>41</sup> y las situaciones propias de la realidad en la economía de mercado. En el caso de la libertad de empresa, la imprecisión por parte del Tribunal Constitucional más relevante consiste en definir si estamos en presencia de un derecho con contenido

---

pretendemos partir de la misma forma como en la teoría de los derechos fundamentales, en donde la idea más importante es la distinción entre reglas y principios, ya que se ha establecido, que constituye la base de la fundamentación iusfundamental al mismo tiempo que una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Y el motivo que nos conduce a tal profundización es que, de lo contrario, "no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico". Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 81.

<sup>39</sup> Hacemos notar, que aunque parece que se parte de la premisa de que el crecimiento sin reglas ni límites y la liberalización de los mercados suponen un daño a la ética europea de la política y del derecho, no obstante, queremos simplemente introducirnos en una investigación que permita descifrar, si efectivamente esta libertad sin límites, conducen consciente o inconscientemente, a la idea de que deben ser "las diferencias quienes gobiernen e impongan la agenda de las prioridades y de los ritmos de la vida económica y social", en el marco, como ya hemos reiterado, del Estado social. Cfr. A. Cántaro, *El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein*, en: Revista de Derecho Constitucional, N° 5, enero-junio, 2006, traducción de J. Delgado y M. Criado, p. 63

<sup>40</sup> En palabras de Alexy, el legislador recibiría "directivas e impulsos" de los derechos fundamentales de donde por lo general, no es posible inferir "obligaciones concretas de los órganos estatales", en donde encontraría sus límites, el control por parte del Tribunal Constitucional. *Ibíd.*, p. 499.

<sup>41</sup> Las reservas de ley, por ejemplo, no normarían ninguna competencia para la imposición de restricciones, sino tan sólo una competencia de interpretación. La razón de la adscripción de estas competencias al legislador residiría, sobre todo, en que existe un campo de acción para la interpretación, en todo caso, siempre estaríamos en presencia de una forma de límite al legislador, *Ibíd.*, pp. 490 y ss.

esencial<sup>42</sup> y definir cuál sería dicho contenido<sup>43</sup> que constituye a la libertad de empresa o si estamos en presencia de una garantía institucional y, en tal caso, cuál sería el alcance de la misma a la hora de limitar la labor del legislador.

Asimismo, hemos procurado que la investigación esté orientada a verificar los límites al ejercicio<sup>44</sup> de dicha libertad en el ámbito de la economía actual, de manera que se pueda identificar la problemática que sufren las empresas y la legislación que desarrolla y regula sus parámetros de actuación dentro del mercado; así como también la problemática causada por la gestión de las mismas y que afecta a toda la sociedad<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Es oportuno hacer notar, que, para muchos autores, la cuestión de la existencia o no de un contenido esencial en la libertad de empresa, viene resuelto gracias al principio de proporcionalidad, que no pretendemos profundizar en nuestro estudio, pero si, queremos recalcar que una parte de la doctrina se identifica a favor de una delimitación previa del contenido esencial de la libertad de empresa. Cfr. M. Aragón Reyes, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 32. Por el contrario: C. Paz-Ares y J. Alfaro Águila-Real, “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: José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 397, señalan que el contenido esencial es aquello que permanece después de haber ponderado la libertad de empresa con el resto de bienes constitucionales en conflicto, por lo que esta garantía no impone al legislador ninguna restricción adicional a la que resulta del principio de proporcionalidad. Los argumentos de ambas tesis aparecen expuestos en A. Cidoncha, *La Libertad de Empresa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 285-288.

<sup>43</sup> Interpretar el contenido de la libertad de empresa, significará que cada vez que analicemos los distintos sectores de protección de la libertad empresarial y la posibilidad de limitarla, veremos que la prevalencia de cuestiones de fundamental importancia, como la función social de la empresa, el interés general, la protección al medio ambiente y la democracia empresarial marcarán el debate central de este derecho.

<sup>44</sup> Por otro lado, partimos de la idea de que el reconocimiento de la libertad de empresa en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, se entiende desde la necesidad de que los poderes públicos determinen las condiciones de ejercicio de este derecho. A partir del momento en que el art. 16 declara que esta libertad se protege “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. De forma que, en el caso del Derecho comunitario, éste modula el contenido de la libertad de empresa en función del sujeto que ejerce la iniciativa y de las características del mercado. Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: García Roca, J., y Fernández Sánchez, P.A., (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 13-15.

<sup>45</sup> A propósito de los parámetros de actuación ya sea del mercado o de los poderes públicos, para el buen funcionamiento de las actividades económicas, queremos conducir nuestra investigación, de forma que podamos precisar la protección o garantía de derechos sociales, en los potenciales conflictos entre la libertad económica por una parte con un servicio o utilidad social y derechos patrimoniales por otra, en donde la relación entre ambas, marcan los parámetros de actuación ante los

Ha sido de suma importancia elaborar un examen sobre la eficacia de la legislación no sólo en el Estado español, sino también sobre los límites que obligan al legislador español y que son impuestos en el ámbito de la integración de la Unión Europea, tomando en cuenta la importante interacción<sup>46</sup> entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario en la configuración de la libertad de empresa<sup>47</sup>.

De manera que pretendemos lograr que la presente tesis comprenda la investigación de los límites a la libertad de empresa que más trascienden en la problemática que atraviesan las empresas en la actualidad, y para ello hemos querido desarrollarlo en tres grandes partes, la primera, las proyecciones que resultan del contenido de la libertad de empresa<sup>48</sup> en el ordenamiento jurídico español, para introducirnos en el análisis de los límites presentes en el mismo, dentro del funcionamiento de las actividades empresariales desarrolladas bajo dichas regulaciones. Asimismo, los

---

jueces que deben aplicar el derecho. Cfr. C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, en: Europa e diritto privato (2), 2011, pp. 452-458.

<sup>46</sup> Sobre la cuestión de la interacción de ambos ordenamientos, sabemos que el Tratado de Roma en su artículo 87.2, prevé la coexistencia de la normativa comunitaria y las normativas nacionales y establece que el Consejo definirá las relaciones que deben guiar las relaciones entre ambos ordenamientos. No obstante, el elemento determinante para que resulte de aplicación la normativa europea o la nacional (ya sea por los órganos comunitarios o por los nacionales) ha sido la afectación o no de las prácticas al mercado comunitario. Cfr. C. Alcaide Guindo, *La evolución de la política de defensa de la competencia*, en: Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, 2005, Madrid, p. 248.

<sup>47</sup> Nos encontramos con el problema de si, cuando hay afectación comunitaria, se deben aplicar ambos ordenamientos o solamente el ordenamiento comunitario, porque los dos conjuntos de normas no son necesariamente equivalentes en todos los casos de tipificación de conductas restrictivas de la competencia. Una parte minoritaria de la doctrina ha defendido que, en caso de afectación del mercado comunitario, solamente corresponde la aplicación de la normativa comunitaria (teoría de la barrera única), mientras que una gran parte de la doctrina se ha inclinado por la llamada (teoría de la doble barrera), según la cual ambas normativas resultan de aplicación existiendo, por tanto, dos barreras legales, una de orden jurídico interno y otra de orden jurídico comunitario.

<sup>48</sup> Para Aragón Reyes, la cuestión del contenido de la libertad de empresa se resumen en que no hay libertad de empresa “in genere”, pero sí contenido esencial “in genere” de la libertad de empresa, de forma que se entiende que son legítimas todas las limitaciones impuestas por la ley, siempre que estén constitucionalmente justificadas, claro, con tal que respeten la libertad del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación, ya que una cosa es el establecimiento de límites a la actividad empresarial y otra la obligación o prohibición de la actividad empresarial en sí misma, y que consecuentemente la limita. Cfr. M. Aragón Reyes, “Constitución y modelo económico”, capítulo del libro “Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado” Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 386.

límites a la libertad de empresa impuestos por el ordenamiento jurídico que presenta el derecho de la Unión Europea<sup>49</sup> en el tratamiento de la misma, partiendo de su reconocimiento, para establecer el ámbito de desarrollo que tienen las empresas a nivel comunitario.

Es del conocimiento de todos que la permanente transformación de la economía y del mercado, merece la atención y el análisis de las intervenciones del Estado y de las regulaciones que de las mismas realice el Derecho. Sobre todo en el caso particular de la libertad de empresa, en cuanto se trata de un derecho con limitaciones<sup>50</sup>, que también analizaremos diferenciando entre límites y limitaciones del mismo.

De manera que se ha desarrollado una investigación sobre el estudio de los alcances que tiene este derecho en el actual estado español, a la luz de los preceptos constitucionales que lo enmarcan dentro de un Estado Social, y que a su vez recibe la protección de los poderes públicos, a quienes se les ha otorgado el deber de promover las condiciones de igualdad y de libertad<sup>51</sup> entre los particulares, para que

---

<sup>49</sup> En el ámbito comunitario, veremos que las libertades comunitarias de circulación inciden directamente en el contenido de la libertad de empresa, que el Tribunal Constitucional español ha definido como el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio). Y de ahí deriva la afirmación, de que la eliminación de las barreras que obstaculizan o entorpecen el desarrollo de las actividades económicas entre los Estados miembros obliga al legislador nacional a modificar la normativa de acceso y desarrollo de la actividad económica. Cfr. I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, pp. 6-7.

<sup>50</sup> Debemos partir en este análisis es observando que la libertad de empresa sienta sus bases, contenido y limitaciones en el Estado Social de Derecho, en virtud de ello, podemos afirmar que la libertad de empresa siempre deberá interpretarse y llenarse de contenido con fundamento en la prevalencia del interés general sobre el particular, así como también en otros aspectos de gran importancia como la protección al medio ambiente y en la democracia empresarial, traducido en las herramientas que el constituyente y el legislador otorgan para que los trabajadores, que son la parte social de la empresa, participen en la gestión de la misma.

<sup>51</sup> Insistimos en que es el Estado quien debe tomar el rol de promotor de estos derechos, donde los principios de libertad e igualdad no sean meras aspiraciones políticas, sino fórmulas de cumplimiento efectivo, removiendo los obstáculos para su cumplimiento, y facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Porque sobre la cuestión de igualdad y libertad en el tema de las libertades económicas, encontramos que no es sencillo armonizar una y otra, encontramos que "la claridad y la integridad de las alternativas puestas en marcha por Tocqueville (por una parte, el orden de la libertad y de la propiedad y, por la otra, el orden del derecho al trabajo y del Estado proteccionista) cancelaron y negaron desde la raíz la posibilidad de una ordenación político

éstos puedan participar de manera eficaz en las actuaciones de la vida política, social y económica dentro del Estado. Éste será el objeto del trabajo de investigación en la segunda parte de la misma, en donde se analizarán las condiciones de desarrollo de la libertad de empresa en el modelo de integración de la Constitución española, como las regulaciones de la misma a partir de la legislación española y las relaciones de la misma con otros derechos y bienes jurídicos<sup>52</sup>.

Este estudio pretende realizar una reconstrucción del régimen jurídico de la libertad de empresa, que permita verificar a partir del punto de vista de los límites y de la existencia o no de un contenido esencial que obligue a los poderes públicos, y en especial al legislador a respetar este derecho<sup>53</sup>, pero sin perder de vista hasta qué punto puede ser condicionada esta intervención del Estado<sup>54</sup>. Por tanto, considero que es preciso el análisis de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, exponiendo las diversas posiciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia española, cuyo debate no es pacífico, pero si relevante, ya que es a partir del reconocimiento de dicha naturaleza jurídica y de la interpretación constitucional de la misma que encontraremos con límites mayores o menores al derecho en cuestión.

---

## Universitat d'Alacant

jurídica que medie entre las exigencias del individuo y las de la sociedad. Entre libertad e igualdad. Entre democracia y socialismo" y que en nuestra opinión continúa siendo de la misma manera. Cfr. A. Cántaro, "El trabajo en la Constitución europea..." ob. cit., p. 44.

<sup>52</sup> Es imposible perder de vista la necesaria interacción que tiene la libertad de empresa con otros derechos y bienes jurídicos, en donde la protección de todos es inescindible, para salvaguardar y garantizar no sólo el buen funcionamiento de las actividades económicas sino de todas las demás actividades desarrolladas en la sociedad, de manera que, si los unos no fueran protegidos de manera inmediata, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los demás.

<sup>53</sup> A propósito de obligar a los poderes a respetar un derecho, se ha afirmado que las ideas fundamentales que articulan el concepto de Constitución económica vienen representadas por la intervención del Estado determinada por el vínculo social y el gobierno democrático de la economía, es decir, el control democrático del mercado, de forma tal que dicho control descansa en dos ejes: " el Estado y las organizaciones de intereses que operan en el mercado". Cfr. G., Maestro Buelga, "Constitución económica e integración europea", en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, pp. 45-46.

<sup>54</sup> Sobre la cuestión de la intervención estatal en las actividades económicas, se ha dicho, sobre todo en el marco del neoliberalismo presente en gran parte de los Estados en los últimos años, que el libre comercio, no proteccionismo, competencia, y mínima intervención del Estado en la economía, serían óptimos elementos para determinar un código de funcionamiento. Pero como hemos podido observar a partir de la realidad, las soluciones no llegan automáticamente vía mercado, resultando indispensable combinar sus posibilidades con en acciones públicas correctoras. Cfr. R. Tamames, *Sin alternativa a la globalización*, (*Globalization: There is no other way*), en: Revista de Economía Mundial 18, 2008, p.139.



La cuestión que hoy estudiamos, entre otras cosas, permitirá establecer si la libertad de empresa tiene un contenido esencial, si se protege a través de la técnica de la garantía institucional o si ninguna de ellas encaja con la libertad de empresa. A la hora de analizar un límite impuesto a un derecho, no sólo debemos estudiar el espacio que éste utiliza, es decir, si se encuentra o no recogido en la Constitución para su calificación, y el lugar que ocupa dentro de la misma, tomando en cuenta que toda la constitución tiene una misma jerarquía normativa, y que su interpretación no es según contenidos jerárquicamente superiores, sino sistemática, intentando acomodar los diversos contenidos según su significado y alcance. Además, debe tomarse en cuenta en qué medida afecta la imposición o no de dicho límite al ejercicio del derecho en cuestión, y en relación a los demás derechos, y si no se está lesionando el bien o interés común o social con dicho límite, así como la cuestión referente al contenido esencial del derecho mismo, que queremos analizar.

Ya que consideramos que el *mercado*<sup>55</sup>, y cualquiera de las actividades económicas que dentro del mismo se llevan a cabo, no pueden ser una realidad ajena al Estado<sup>56</sup>, sino más bien complementaria al mismo<sup>57</sup>, será precisamente lo que trataremos de exponer a lo largo del presente estudio, valiéndonos tanto del ordenamiento jurídico español que recoge el derecho objeto del análisis, como de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del análisis crítico que se realice de las ambas.

---

<sup>55</sup> Se sostiene que los elementos de intercambio en el mercado no son "meras cosas" sino derechos que vienen delimitados por un sistema jurídico, y consecuentemente éste tendrá siempre una enorme influencia en el mecanismo económico, sin caer en el riesgo de convertirse un simple "servidor" del mercado. *Ibíd.*, pp. 940-941.

<sup>56</sup> En el marco de la crisis económica actual, se ha llegado a afirmar que la intervención pública tiene que ser temporal. Una vez superada la emergencia, el Estado deberá reasumir "un papel aséptico de regulador, dejando las elecciones y el funcionamiento de la economía a la, así llamada, mano invisible de los mercados. Afirmaciones como ésta trataremos de discutir en nuestra investigación para poder esclarecer la verdadera relevancia y necesidad de la intervención del Estado en las actividades económicas. Cfr. F. Galiardi, *Políticas anticrisis y paro: una comparación entre Italia y España*, en: *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, N.º. 73, 2010 (Ejemplar dedicado a: Nueva política de transporte para el siglo XXI. La respuesta al reto de la sostenibilidad), pp. 250-251.

<sup>57</sup> Así como también, la de promulgar "una regulación con forma de recomendaciones que hace la propiedad autoridad supervisora del mercado" de modo que los poderes públicos no constituyan simples espectadores de las actividades del mercado. *Ibíd.*, p. 969.

## CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN

Como hacíamos constar en la parte introductoria, en el presente estudio pretendemos investigar si se han establecido o no barreras de actuación de los poderes públicos, y en especial la de los legisladores quienes elaboran las normas de desarrollo de las actividades económicas que los particulares llevan a cabo y si están obligados a limitar esa libertad para satisfacer bienes, valores y principios constitucionales.

Para alcanzar este objetivo, la metodología a seguir aquella según la cual el significado, alcance y valor de los derechos fundamentales se establece a partir de los principios y valores constitucionales. Partimos del marco dentro del cual encontramos el derecho objeto de estudio: la Constitución económica, como el punto de partida para poder delimitar tanto los alcances como obstáculos del análisis del derecho a la libertad de empresa en la realidad económica.

Asimismo, consideramos que el marco general para el análisis de la constitución económica es el Estado Social, y ello se concluye de la interpretación del artículo 1.1 CE. De modo que si la Constitución española establece en el artículo 38 CE la existencia de una *economía de mercado*<sup>58</sup>, no puede tomarse en su significación general o en su concepto socio-económico, sino como la economía de mercado propia de un Estado Social, compatible con los principios, fines y valores propios del Estado social y con los objetivos que impone a los poderes públicos, incluyendo los límites que establece cuando reconoce el derecho tutelado. Además, es necesario tomar en

---

<sup>58</sup> Término que abordaremos en reiteradas ocasiones para poder explicar en qué consiste, pero partiendo de la idea de que, de los dos modelos de ordenación de la economía existentes, según los argumentos de los teóricos de la escuela de Friburgo, la economía centralizada y la de mercado, esta última es la única conciliable y conforme a los principios de Estado de Derecho democrático. consecuentemente, la economía de mercado se constituye en referencia constitucional, en modelo normativo de ordenación de la economía. Y de ahí tenemos la idea de que "la compatibilidad entre principio constitucional fundamental al Estado de Derecho democrático y economía de mercado dota a ésta de un status de modelo normativo que se contagia de la supremacía constitucional". Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., p. 55.

cuenta para el estudio sobre los fundamentos de la libertad de empresa su relación con otros principios y valores transformaciones y novedades en el ordenamiento comunitario europeo, cuyo análisis e interpretación han introducido escenarios de reflexión con respecto al constitucionalismo del Estado social. Prácticamente podemos observar una contradicción entre un constitucionalismo que nace con el proceso de construcción del Estado social y la realidad constitucional que plantea la integración europea: durante nuestro estudio, trataremos de evidenciar las posibles tensiones entre la Constitución formal del Estado social y las innovaciones que incorpora la Unión Europea<sup>59</sup>.

A propósito del análisis anterior, encontramos en la Constitución de la República de El Salvador, que según el artículo 101, “*El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano*”, de esta manera se establece claramente la intención del constituyente de asegurar a los y las ciudadanas salvadoreñas un Estado con respeto a la justicia social, tal y como señala el artículo 1 de la CNS “*...En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de ....la justicia social*”. Aunque en ningún momento se establece como un Estado social como en el caso de España, la constitución salvadoreña pretende de igual manera, definir que el orden económico tiene que perseguir uno de los principales fines del Estado salvadoreño, en el que las actividades del Estado se deben centrar en la búsqueda de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Por otro lado, pero en el mismo orden de ideas, el proceso de integración europeo atraviesa un nuevo período que podemos situar a partir del Tratado de Maastricht, consistente en la desaparición de la autonomía del espacio estatal, particularmente en el ámbito económico, frente al ordenamiento comunitario, que de alguna manera había permitido la coexistencia entre el modelo de Estado, vinculado al Estado social, y el proyecto de integración que buscaba garantizar un mercado común<sup>60</sup> y

---

<sup>59</sup> *Ibidem.*, p. 75.

<sup>60</sup> Durante el desarrollo de éste estudio, tendremos oportunidad de profundizar en el concepto de mercado común, y sobre todo de distinguir las notables diferencias con el ámbito de aplicación de las

único. Como señalábamos en la introducción de la presente tesis, la libertad de empresa conserva su configuración en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión europea, respondiendo a la lógica del Estado social; ésta realidad en la que las constituciones mantienen todavía el constitucionalismo del Estado social de manera formal, produce una contradicción en el ámbito estatal, en donde la realidad no coincide con la constitución<sup>61</sup>.

En virtud de las exigencias sociales y económicas es necesario poder establecer una relación entre constitución formal y realidad material, esta correspondencia la encontramos en la propuesta de construcción metodológica de la constitución creada por Mortati, en la que descubrimos que el aspecto más relevante de la construcción es articular la unificación del ordenamiento en base a un fundamento material previo a la norma constitucional, desarrollada en una triple dimensión: en primer lugar, la constitución material garantiza la validez de la constitución formal, en segundo lugar, garantiza la unidad del ordenamiento jurídico, y en tercer lugar, un fin unitario al ser definido de manera vinculante por la constitución material<sup>62</sup>. Viendo de esta manera la conexión entre ambas constituciones, es posible afirmar que no se contradicen, que más bien, forman un vínculo de garantías recíprocas.

A partir de esta orientación de Mortati, podemos decir que, si la Constitución formal se desconecta de la idea de Constitución material, el texto constitucional resulta devaluado y, por tanto, no es posible comprender los conflictos entre los enunciados formalmente constitucionalizados y la nueva realidad constitucional.

Siguiendo el mismo orden de ideas, podemos afirmar que la constitución económica del Estado social constituye la estructura de materialización de las transformaciones

---

libertades comunitarias de circulación (mercancías, servicios, establecimiento y capitales), frente a las medidas nacionales que obstaculizan el mercado común. Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa en la Carta...*", ob. cit., p. 22.

<sup>61</sup> Cfr. C. de Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 19, 2007, p. 204. Existen diferencias notables con el ámbito de aplicación de las libertades comunitarias de circulación (mercancías, servicios, establecimiento y capitales), que se invocan frente a medidas nacionales que obstaculizan el mercado común

<sup>62</sup> Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 124-132.

que incorpora el Estado social, ya que las condiciones materiales de esta forma de Estado se definen por los cambios en las funciones del Estado, especialmente en los ámbitos económico y social. En consecuencia, los contenidos de la constitución material<sup>63</sup> del Estado social precisan el destino político social de la constitución, y a su vez afecta a los sujetos del conflicto, al sistema de garantías recíproco y a sus límites.

De conformidad a lo anterior, podemos afirmar, en principio, que la protección al privado o al particular y al mercado, supone un establecimiento de límites a la intervención de los poderes públicos, así como operan otros ciertos límites, como aquel destinado a preservar el fundamento material del equilibrio en la relación entre el capital y el trabajo<sup>64</sup>, que define la integración económica.

Identificar la constitución material del Estado social resulta esencial para poder confrontarla con aquella que se gesta durante la ruptura de esta forma de Estado y que modifica su constitución material; entre las manifestaciones de dicha ruptura, encontramos la identificación de la Unión Europea como sujeto de la nueva constitución material.

En el Tratado de Maastricht, la Unión Europea se configura como el ámbito normativo desde el cual se considera la nueva forma de Estado mercado o Estado regulador en el espacio europeo, conciliando las constituciones económicas nacionales con la constitución económica comunitaria<sup>65</sup>, y lo lleva a cabo confrontando los postulados del constitucionalismo del Estado social<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> A propósito del contenido de la constitución material, la doctrina española consideraba que la verdadera o auténtica Constitución no era el documento constitucional, sino la constitución material, "ya se concibiese ésta en términos históricos o sociales". Cfr. J. Várela Suanzes, *¿Qué ocurrió con la ciencia del derecho constitucional en la España del siglo XIX?*, en: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Murcia, 1997, p. 162.

<sup>64</sup> En este sentido, nos referimos a la relación entre el capital y el trabajo en los sectores expuestos a la libre competencia, así como entre el capital y el trabajo que disfrutan de las ganancias derivadas de actuar en sectores protegidos o en donde se garantiza esta libertad de competencia. A. Cántaro, "El trabajo en la Constitución europea...", ob. cit., p. 59.

<sup>65</sup> Cfr. G. Pisarello Prados, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, en: Revista de derecho constitucional europeo,

Una progresiva constitucionalización del ordenamiento comunitario es lo que en realidad hace que los condicionamientos del constitucionalismo social<sup>67</sup> de los Estados miembros se vean reducidos, precisamente el carácter supranacional del ordenamiento comunitario permite determinar un nuevo orden político, y sobre todo una exigencia inherente a la construcción del mercado europeo, porque se configura un ordenamiento autónomo capaz de superponerse a los Estados miembros, especialmente al constitucionalismo económico establecido por las constituciones nacionales vinculadas al Estado social<sup>68</sup>.

Sin embargo, a pesar de que el término *constitución europea* sea siempre objeto de polémica<sup>69</sup> y sobre todo bajo resistencias en el debate europeo, lo que nos importa destacar es la coincidencia del proceso de desarrollo de dicha constitución con los inicios del desgaste del Estado social. Por su parte, el TJCE se pronuncia en

---

Nº. 5, 2006, pp. 248-249. Pisarello se refiere a esta constitución europea como una "ilusión constitucional" afirmando que cualquiera sea su proceso de elaboración y su contenido, no supone, compartir las tesis que sólo admiten su existencia en el marco de un espacio que reúna todos los atributos ligados a la idea de Estado".

<sup>66</sup> Como tendremos ocasión de examinar más detenidamente, veremos que el Estado social es el supuesto material central de la Constitución, lo que permite afirmar que, en la nueva estructura que define el constitucionalismo a partir de los componentes de Estado social, Democrático y de Derecho, el elemento determinante es el primero, el Estado social, desde el que se configuran los otros dos. Cfr. C. de Cabo Martín, "El Tratado Constitucional europeo y..." ob. cit., pp. 201-202.

<sup>67</sup> Se ha afirmado que la constitucionalización de los derechos sociales se concreta a principios del siglo XX. Posteriormente a la Primera Guerra mundial cuando se produce un desarrollo nuevo en el Constitucionalismo. Los movimientos sociales del siglo XIX y el crecimiento acelerado que se produce en los primeros años del siglo XX, obligan a replantear la razón de ser del Estado, orientándose al reconocimiento de su cada vez mayor intervención en la vida social. Cfr. R. Aguilera Portales, y D. R. Espino Tapia, "Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de..." ob. cit., p. 117.

<sup>68</sup> Sobre la noción del constitucionalismo en el ordenamiento comunitario, podemos destacar la idea de la dimensión social donde se integran los contenidos materiales que ha dotado la sociedad. De modo que la concepción del constitucionalismo social, se establece como la base en donde solo se puede conseguir la efectividad y el pleno goce de los Derechos Humanos mediante la garantía estatal de condiciones mínimas de existencia material del individuo. *Ibidem.*, p. 134.

<sup>69</sup> Sin entrar en mayores debates, podemos citar como un mero ejemplo de los rechazos manifestados a la idea de constitución europea, las críticas a los aspectos formales presentados por la misma, que a juicio de autores como Balaguer Callejón; para quien los aspectos formales tienen su importancia "porque dificultan el conocimiento del texto por los ciudadanos, reducen su eficacia y limitan la potencialidad de integración simbólica que debe tener toda Constitución". F. Balaguer Callejón, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, Nº. 2, 2004, p. 65.

reiteradas ocasiones<sup>70</sup>, al referirse a los Tratados Comunitarios como *Constitución europea o comunitaria*<sup>71</sup>, en base a las exigencias de los objetivos que persigue la creación y solidificación de esta integración<sup>72</sup>.

No obstante, el discurso anterior nos interesa únicamente en la medida en que la integración del ordenamiento comunitario afecte al constitucionalismo nacional de los Estados miembros, en particular desde la perspectiva del mercado, cuando a partir de ahí se transforma el constitucionalismo social estatal, volviendo a la contradicción normativa que señalábamos.

Ya que la constitución económica comunitaria surge como espacio de transformación del constitucionalismo, como la base de una nueva constitución material suponiendo la ruptura del Estado social, podemos decir que dicha constitución económica comunitaria<sup>73</sup> es presentada como el marco de resolución de las relaciones entre ordenamientos, porque es desde la realidad material del mercado a partir de donde se establece tanto el conjunto jurídico constitucional como el institucional europeo.

---

Universitat d'Alacant

<sup>70</sup> Particularmente, en la Sentencia Les Verts/Parlamento Europeo (C-249/83), el juez comunitario determina la existencia de Constituciones europeas, al referirse a los Tratados como tales, estableciendo que "la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de derecho, en el sentido que ni los Estados que forman parte de la misma, ni sus instituciones están sustraídos al control de conformidad de sus actos con la carta constitucional de base constituida por el Tratado" Apartado 23 de la Motivación de la Sentencia.

<sup>71</sup> La expresión empleada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, cuando se refiere a los Tratados europeos en términos de "Carta Constitucional", se limitaría a poner de relieve que en el ámbito del ordenamiento comunitario los Tratados son una ley superior, pero no necesariamente que se esté en presencia de una constitución.

<sup>72</sup> Desde esta perspectiva, es posible afirmar que únicamente tendría sentido referirse a una constitución europea en sentido sustancial o descriptivo por la falta de voluntad constituyente. "Se trata de un fenómeno distinto del típico, propio de las Uniones de Estados, de las Federaciones o Confederaciones de Estados, un fenómeno nuevo no sólo para los países europeos sino a nivel mundial. Un fenómeno, el de la Comunidad y ahora el de la Unión Europea, que aún no ha encontrado una conformación definitiva, en cuanto se trata en cualquier caso de un proceso que está aún por hacer, que ha partido de exigencias de orden económico, para resolver algunos aspectos de la economía de los países adheridos a la Comunidad, y proyectado después hacia una política general común". Cfr. C. Rossano y otros, *Hacia el Tratado de Lisboa, Las perspectivas de la constitución europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N° 8, 2007, pp. 153-155.

<sup>73</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *"Constitución económica e..."*, ob. cit., p. 97-111.

La integración de los mercados de los Estados miembros en un mercado único europeo se realiza desde el mercado, en confrontación con el constitucionalismo social, de manera que podríamos decir que nos encontramos frente a una nueva forma de Estado, *Estado mercado*, cuya constitución material sería la nueva constitución económica adoptada por los Estados miembros de la integración que, además, rompe con los vínculos sociales al sistema económico que se establecen en el constitucionalismo social. De manera que encontramos al mercado como centralidad del Estado, poniendo en riesgo su autonomía y la actividad pública de tutela y garantías, como ya señalábamos anteriormente.

Como hemos visto, si el mercado debe ser preservado, y se tiene que fomentar el impulso del capital, se entiende que la intervención pública de la economía orientada a estas finalidades, encuentra su legitimación en el mercado. Y de ahí que deriven otros conflictos, como aquel de la relación entre el capital como fuerza dominante y el trabajo como fragmentación y disminución del movimiento obrero. Estos conflictos encuentran un fundamento jurídico en la contradicción<sup>74</sup> entre constitución formal nacional y nueva constitución material, resuelta por la armonización que produce la constitución económica comunitaria con el constitucionalismo estatal, según las bases de la integración europea.

Por otra parte, una de las razones que nos llevó a realizar la presente investigación fue la existencia de vacíos sin esclarecer sobre la naturaleza jurídica y las características generales de este derecho. Considero útil para ilustrar tales propósitos, el análisis crítico de los aportes que la doctrina ha brindado a la fecha. Así como también, considero válido abordar de manera crítica la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ha hecho un esfuerzo por construir parámetros de interpretación al artículo 38 CE. Asimismo, la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que enmarca el origen

---

<sup>74</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea*, en: *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional* (Libro homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo). AAVV. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 70 y ss.



jurisprudencial<sup>75</sup> de la libertad de empresa en la Unión Europea y que aborda sobre todo la protección de los derechos fundamentales en éste ámbito.

Tal y como se verá, el presente trabajo, contiene el estudio de la regulación de la libertad de empresa, el análisis de su base constitucional, así como la aplicación de los criterios empleados por la doctrina y la jurisprudencia, para conocer la vinculación del legislador al momento de regular los derechos y consecuentemente su correcta limitación<sup>76</sup>; dicha parte se estructura a partir de las fuentes legítimas de limitación, con las habilitaciones que han sido dispuestas al legislador a través de la Constitución y la concreción de restricciones que los poderes públicos acotan.

Asimismo, a partir del análisis de la existencia o no del contenido esencial del derecho que estudiaremos y la posible aplicación del mismo, como el reconocimiento del bien común e interés general, al interior del Estado social; así como las limitaciones a la libertad de empresa<sup>77</sup>, orientadas por otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, sobre todo aquellos directamente relacionados con las actividades económicas desarrolladas en el mercado y que tienen impacto en los sujetos que en ellas intervienen, como los trabajadores y consumidores<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*Libertad de empresa e integración europea...*", ob. cit., pp. 1-3.

<sup>76</sup> Se sostiene en el desarrollo de la presente tesis, que la libertad de empresa y la discrecionalidad del poder del empresario no son absolutas, ya que, de ser así, se transformaría en arbitrariedad. Por tanto, como cualquier otro derecho, han de adecuarse a las limitaciones fijadas por el Ordenamiento, que operan tanto en el ámbito del Derecho privado como en el del público. Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario*, en: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2004, p. 128.

<sup>77</sup> A propósito de las limitaciones a la libertad de empresa, pretendemos mantener durante el desarrollo de nuestro estudio, la idea de que cualquier limitación a la libertad contractual por parte del Estado, requerirá siempre de una justificación. Por otra parte, merece la pena, señalar que una prohibición excesiva, no sujeta a limitaciones, derivaría en problemas de inseguridad y sobrecarga de los órganos encargados de aplicar el derecho de la competencia. De forma tal que de un modo o del otro, las consecuencias afectarían el desarrollo eficaz de las actividades económicas.

<sup>78</sup> En relación a estos dos individuos que están siempre presentes en las distintas actividades de la vida económica, se sostiene que a ambos poseen una conexión con la libertad de empresa y el libre desarrollo de la personalidad; a lo largo de nuestro estudio, pretendemos alcanzar un mejor análisis de los efectos sobre terceras personas que tienen las decisiones tomadas por los particulares y la Administración pública en el ámbito económico, y en especial sobre éstos dos elementos básicos del mismo: los trabajadores y consumidores.

Por tanto, intentaremos evidenciar cómo la Constitución reconoce el libre ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado, si dispone rigurosamente las fronteras de actuación de los poderes públicos<sup>79</sup>, y aquella de los legisladores como autores de las regulaciones en las que se basan las actividades económicas de los particulares<sup>80</sup>. Además, como ya hemos señalado, si el legislador está obligado a limitar la libertad de empresa para satisfacer bienes, valores y principios constitucionales. Para éste propósito, será esencial el debate sobre si es suficiente con que el Estado cree normas jurídicas de garantía de funcionamiento del mercado; o si por el contrario, haría falta una actividad positiva del Estado con consecuencias jurídicas<sup>81</sup>.



---

Universitat d'Alacant

<sup>79</sup> Como ya hemos dicho, esas fronteras de actuación, son aquellos límites que pretendemos desarrollar a lo largo de nuestro estudio, porque consideramos de gran relevancia realizar un verdadero análisis sobre el contenido esencial de la libertad de empresa y sobre los límites a la injerencia estatal a la actividad económica de los particulares porque "son límites propios y no simplemente en la medida en que se vean afectados los demás derechos implicados" en las diversas actuaciones económicas. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en: AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 27-28.

<sup>80</sup> Uno de los ejemplos de límites a la libertad de empresa, fijados bajo la potestad normativa de la ley tienen como único fin la protección de la igualdad de las transacciones para salvaguardar a los particulares, en situaciones contractuales, frente al empresario. Y por esta razón es que generalmente la regulación legal busca preservar el buen funcionamiento del mercado dictando normas sobre marcas, publicidad, defensa de la competencia, consumo, regulación de precios, etc.

<sup>81</sup> A propósito de las consecuencias jurídicas sobre las que las partes pueden valerse ante los Tribunales, hacemos notar que en el ámbito de las relaciones comerciales, es importante sobre todo porque el ordenamiento debe recoger una conducta honesta en el tráfico de las relaciones contractuales, y por ello se afirma que el hecho decisivo no está en la supuesta existencia de una Constitución económica, entendida en términos materiales o sustantivos, sino que reside en que la Constitución, como un todo, se proyecta efectivamente sobre la economía y la sociedad, y contiene, además, normas específicas que versan sobre la actividad y el proceso económico. Sólo de este hecho cabe deducir consecuencias jurídicas. J. Alfaro Águila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, pp. 940-941.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## **PARTE I**

# **BASE CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN ESPAÑA Y LA UNION EUROPEA**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPÍTULO 1

### ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN ESPAÑA

#### 1.1 CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LIBERTAD DE EMPRESA

Según distintos autores y tal como veremos a lo largo de este estudio, las opiniones sostenidas hasta este momento nos permiten situar el origen de la denominada *Constitución Económica*, a partir del surgimiento del Derecho Económico durante la República de Weimar y durante la Primera Guerra Mundial<sup>82</sup>, en donde se planteó por primera vez, y cuyo significado era transitorio, coyuntural y marcado precisamente por el conflicto bélico, de manera que regulaba cuestiones como la intervención de industrias con fines militares, el control de moneda y la distribución de mercancías<sup>83</sup>, entre otros.

Sin embargo una vez alcanzada la paz, este Derecho recibe su respectivo tratamiento en Alemania donde goza de un amplio desarrollo, de tal forma que el gran proceso de transformación social y económica<sup>84</sup> se consolida mediante fórmulas jurídicas. En la doctrina alemana de derecho público<sup>85</sup>, se ha pretendido en muchas ocasiones

---

<sup>82</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de Derecho Constitucional Europeo, N.º. 8, 2007, p.66.

<sup>83</sup> Cfr. J. Serrano Carvajal, *Libertad de empresa y planificación en la Constitución española*, en: Revista de Política Social, N.º 121, 1979, p. 444.

<sup>84</sup> Cfr. S. Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico I, La Ley*, Madrid, 1988, p. 22.

<sup>85</sup> En Alemania parten de una interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 2 inciso primero establece que “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”, de manera que para deducir el derecho fundamental de la libertad económica, entendida como libertad empresarial de disposición, por tanto, libertad económica y libertad de empresa tienen un tratamiento similar.

asociar las libertades económicas de la *Grundgesetz*<sup>86</sup> a una decisión fundamental para construir una noción de Constitución económica; lo cierto es que hasta el momento hemos encontrado enormes dificultades para alcanzar una definición dentro del lenguaje jurídico que permita el análisis del término *Constitución económica*, y todas las implicaciones que conlleva dicha representación en materia constitucional, ya sea en referencia a la forma de Estado o en relación a los cambios que se producen de dicha relación, que en muchas ocasiones se transforma en una clara dependencia entre política y economía, como el espacio en el que se materializan las innovaciones que incorpora el Estado Social<sup>87</sup>.

En busca de una definición de Constitución económica podemos advertir opiniones de distintos autores, como Cassese, para quien existen tres acepciones de Constitución económica, la primera en cuanto trata del análisis de las normas constitucionales y las leyes en sentido formal, y la relación de estas disposiciones que correspondan a la economía; en segundo lugar, se trata de un análisis más allá del formal, es decir, del carácter de desarrollo de la economía y la opinión pública de la misma; y por último, aquellos aspectos administrativos de la Constitución económica que analizan la parte aplicativa de la misma, él lo define como *derecho viviente*, es decir, lo que ocurre en la práctica de las normas y la opinión pública en la realidad<sup>88</sup>.

De lo dicho anteriormente podríamos añadir también las Sentencias de los diversos Tribunales de Justicia<sup>89</sup> establecidos con el objeto de hacer cumplir las normas

---

<sup>86</sup> Cfr. F. Ossenbühl, *Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 11, N° 32, 1991, p. 10.

<sup>87</sup> Cfr. W. Abendroth y otros, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 71 y ss.

<sup>88</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2000, pp. 3-5.

<sup>89</sup> Se dice que ha habido un sometimiento de las normas sociales al Derecho económico y la regulación de la libertad de competencia, a la luz de los pronunciamientos del TJUE, en donde se ha llegado a interpretar que ésta reduce aquéllas porque las normas laborales se colocan en una posición de subordinación. Así como también se ha dicho que el mercado común, que ha sido el cimiento de las Comunidades Económicas, sobre las que se crea la Unión Europea ha servido de eje propulsor de las normas sociales comunitarias, como instrumento de crecimiento y expansión de un modelo social, no obstante, el TJUE ha debatido sobre las relaciones existentes en el ámbito normativo comunitario entre el derecho económico y el derecho social, teniendo que pronunciarse sobre las conexiones existentes entre ambos intereses y derechos básicos comunitarios.

constitucionales y el ordenamiento formal de un Estado; de las cuales, es preciso analizar los cambios que se han experimentado, en mi opinión, las regulaciones normativas de la economía se deben considerar desde una doble configuración, es decir, aproximarnos al concepto de *Constitución económica*, a partir tanto de la forma de Estado que se instaura en el continente europeo desde la última etapa de la Segunda Guerra Mundial: el *Estado social*, así como a partir del vínculo de los principios ordenadores del sistema económico que custodia a dicha forma de Estado<sup>90</sup>. Ya que a fines concretos, al ser analizados al mismo tiempo, es como se puede llegar a considerar al mercado y a la justicia social como los principios<sup>91</sup> de dicha Constitución económica, principios que trataremos de abordar en un riguroso análisis a lo largo del presente capítulo.

Con el objeto de profundizar la cuestión de la noción de Constitución económica, podemos rescatar dos enfoques que en aquel momento fueron concebidos como las posiciones que se manifestaban a raíz de dicha cuestión. Por un lado, se defendía la incorporación de elementos de justicia social<sup>92</sup> en el sistema económico, con la derivada intervención estatal mediante el traslado al espacio político de la dirección de la economía; y, por otra parte, la teoría de conceder al intervencionismo del Estado el papel de garante del funcionamiento del sistema económico<sup>93</sup>.

Esta última tesis que rescata el intervencionismo del Estado como tutela del desarrollo efectivo del sistema económico, ha sido aparentemente reconquistada en el proceso de integración europea, por medio de la identificación de la Unión Europea

---

<sup>90</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e integración europea*", en: *Revista de Derecho Político*, No. 54, 2002, pp. 33-111.

<sup>91</sup> Cfr. P. Damiani, "*Costituzione economica e statuti economici*", *en*: *Rassegna parlamentare*, N° 2, 2009, pp. 339-358.

<sup>92</sup> Considero que, en relación a la justicia social, no debemos perder de vista que es en las sociedades avanzadas, donde el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión e integración social y política. Estos derechos sociales garantizados por el Estado social surgen del reconocimiento y ejercicio jurídico de valores como la igualdad, la solidaridad y la justicia social que histórica y tradicionalmente han reivindicado los movimientos obreros y sociales.

<sup>93</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2000, pp. 9-24.



como un *Estado regulador*<sup>94</sup>, en donde la ruptura de la relación social y la centralidad del mercado, suponen los fundamentos de una nueva Constitución económica que enfatiza el abandono de los contenidos materiales del Estado social<sup>95</sup>.

De forma que podemos interpretar dicho intervencionismo como una nueva forma de Estado a partir de elementos de intervención pública en la economía y de los sistemas de protección social. En el ámbito europeo destacan los procesos liberalizadores iniciados con el Acta Única y consolidados con el Tratado de Maastricht, mediante la materialización de los mismos en el modelo adoptado por el *constitucionalismo económico* de la Unión Europea<sup>96</sup>.

Ahora bien, la Constitución económica (*Wirtschaftsverfassung*)<sup>97</sup>, surge prácticamente, cuando se deja de considerar al orden estatal y al orden económico como dos sistemas de funcionamiento independientes, cada uno con fines propios y operados mediante leyes de distinta naturaleza, lo que se logra al introducir las medidas políticas sociales y económicas a la Constitución alemana de Weimar<sup>98</sup>, que acabó

---

<sup>94</sup> Entendemos por el Estado regulador aquel que se contrapone al constitucionalismo social interventista, tal como sucede en el caso de la integración europea, en donde la ampliación de la intervención comunitaria no busca el objetivo de convertirse en núcleo de gobierno económico del nuevo espacio económico, sino de extender el mercado completando su construcción, contribuyendo de esa manera a la búsqueda por lograr la “centralidad del mercado imponiendo la lógica técnica y la exclusión de la política en el funcionamiento de éste”. Cfr. G. Maestro Buelga, *El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y estados miembros*, en: Revista de Derecho Constitucional Europeo, N.º. 5, 2006, pp. 65 y ss. Véase también: G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución...*, ob. cit., p.55.

<sup>95</sup> *Ibidem.*, p.39.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>97</sup> En relación al concepto de *Wirtschaftsverfassung*, hemos descubierto que el debate suscitado en Alemania parte de la relación que existe entre cuestiones de federalismo y de Estado social, que después de la integración de la Unión Europea parecen unir fuertemente a este Derecho y sus múltiples dimensiones, de manera que la reconstrucción del debate alemán, en esta perspectiva y especialmente con referencia a la jurisprudencia de Bundesverfassungsgericht, permite observar los distintos conceptos que han sido entre ellos enfrentados, y sobre todo las críticas al uso del referido Derecho.

<sup>98</sup> La Constitución de Weimar es la primera Constitución europea que regula normativamente a partir del resultado de un compromiso de equilibrio global entre realidades contrapuestas, entre revolución y burocracia, entre capital y trabajo, entre legalidad y derechos; según R. Pérez Gallego, “*Constitución, Derecho, y Poder Judicial en la República de Weimar, (Alemania 1919 – 1933). A Propósito del 80º Aniversario de la Constitución de Weimar*”, en: Revista de Jueces para la Democracia, No 37, 2000, Madrid, pp. 56-67.

con el esquema de los textos constitucionales anteriores que básicamente se referían a la sanción y garantía de los derechos individuales de carácter político, reconoció los llamados derechos económicos y sociales<sup>99</sup>, dándoles rango de ley fundamental y estableciendo de esa manera una incipiente ordenación jurídica de la actividad económica<sup>100</sup>.

En dicha época de Weimar<sup>101</sup>, las importantes modificaciones que se llevan a cabo en la Ley Fundamental son básicamente las relacionadas entre Derecho Constitucional y Derecho Privado, llamándonos particular atención, el artículo 152.1, que establece una garantía constitucional de la libertad contractual en el tráfico económico “de acuerdo con las leyes”<sup>102</sup>.

Prácticamente, el objetivo de las normas constitucionales que regulan esta actividad, es constituir los principios ordenadores del ámbito económico que desarrollan los ciudadanos y los Poderes Públicos, en virtud del marco de relaciones del constitucionalismo de dicho período y frente a las transformaciones de la estructura estatal se llevan a cabo los cambios o transformaciones de la Constitución, se trata de un momento de ampliación en el contenido de la Constitución, en el que aparece el Derecho constitucional económico o el conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico<sup>103</sup>; en donde se prevé una existencia

---

<sup>99</sup> No pretendemos en este estudio realizar una reconstrucción del debate alemán sobre éstos argumentos, pero si mantener durante el desarrollo de la tesis, la idea y referencia de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, que nos permite observar los argumentos del federalismo y del Estado Social, para poder analizar más tarde, aquellos de la unificación e integración europea. Cfr. F. Saitta *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, pp. 9-13.

<sup>100</sup> Cfr. S. Martín-Retortillo, “*Derecho Administrativo...*”, ob. cit., p. 27.

<sup>101</sup> En 1919 junto a los derechos de libertad aparecen gracias a Weimar los derechos sociales de forma que se conjugan y compatibilizan, y como resultado el Estado material del Derecho junto al carácter formal de reconocimiento de derechos y libertades. Cfr. R. Aguilera Portales y D. R., Espino Tapia, *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho* en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 10, 2006/2007, p. 112.

<sup>102</sup> Cfr. K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, traducción: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995, p. 48.

<sup>103</sup> Cfr. C. de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, p.19.

digna para todos, garantizada por el ordenamiento de la vida económica y dentro de los límites de salvaguardia de la libertad económica del individuo<sup>104</sup>.

De lo anterior, podemos concluir que la idea de la intervención del Estado<sup>105</sup> en la economía, comienza mediante la regulación de manifestaciones propias de las distintas actividades económicas que se llevan a cabo entre los ciudadanos, y a través de normas jurídicas de rango constitucional.

Lo importante de esta cuestión es verificar si dichas normas constitucionales proveen al legislador y a otros poderes públicos de límites o condicionantes aplicables en el desarrollo de la libertad de empresa o si, por el contrario, el legislador posee amplia facultad en la regulación y sobre todo en la limitación del derecho a la libertad de empresa, objeto de nuestro estudio.

Para Martín Retortillo y Arroyo Jiménez, la Constitución económica no es neutral en cuanto configura de manera general al sistema económico, ya que establece un marco que vincula a los Poderes Públicos y por ello limita su margen de actuación<sup>106</sup>; en cambio, para Bassols Coma, la Constitución no plasma una figura determinada del orden económico social a alcanzar, sino que sólo se limita a configurar un amplio marco de principios a modo de “un programa a desarrollar progresivamente por los poderes públicos bajo el impulso de los partidos políticos”<sup>107</sup>.

En ese mismo sentido, Maestro Buelga añade que, “junto a la Constitución económica, se sitúan, en este mismo contexto cronológico y geográfico, otros como

---

<sup>104</sup> Cfr. C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, en: *Europa e diritto privato* (2), 2011, p.456.

<sup>105</sup> Cfr. F. Galiardi, *Políticas anticrisis y paro: una comparación entre Italia y España*, en: *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, N.º. 73, 2010 (Ejemplar dedicado a: Nueva política de transporte para el siglo XXI. La respuesta al reto de la sostenibilidad), pp. 250-251.

<sup>106</sup> Cfr. L. Arroyo Jiménez, *Libre Empresa y Títulos Habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 22.

<sup>107</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 41.

el de *Constitución social, democracia económica*, que vinculan este concepto al más general de la forma de Estado en la construcción del Estado social<sup>108</sup>.

En mi opinión, la Constitución reconoce el libre ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado, y lo que tratamos de investigar en las páginas siguientes, es si establece al mismo tiempo y de manera estricta las fronteras de actuación de los poderes públicos<sup>109</sup>, y en especial la de los legisladores a quienes se les encomienda la función de crear las normas que desarrollen de manera efectiva las actividades económicas que los particulares ejercen. Así como también, si el legislador está obligado a limitar esa libertad de empresa para satisfacer bienes, valores y principios constitucionales<sup>110</sup>.

En el presente estudio, podemos considerar el análisis de dos sistemas históricos de organización social y económica, contrapuestos entre sí, el liberal y socialista; encontramos que el primero de ellos, está referido a un modelo de economía de mercado dirigido por la soberanía de los consumidores, en donde convergen la libre competencia, libertad de precios, libre decisión empresarial, etc., basados en la propiedad privada de los medios de producción, que al tratarse de un liberalismo no intervencionista, encontraremos siempre los límites en la lógica del mercado<sup>111</sup>; en cambio el sistema de economía socialista, se refiere a la de un Estado que interviene en el orden económico, dirigiendo y ordenando el desarrollo<sup>112</sup>, realizando por ejemplo actividades inversoras en sectores económicos concretos, o interviniendo directamente en el orden social, prestando servicios y desarrollando actividades

---

<sup>108</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica...*, ob. cit., p.66.

<sup>109</sup> No podemos perder de vista que la libertad de empresa, que es nuestro objeto de estudio, presenta una conexión estrecha con las normas constitucionales que configuran la intervención del Estado en la actividad económica, y es aquí, en donde la cuestión de delimitar los ámbitos de la iniciativa privada por la pública, presentar dificultades para poder interpretar las fronteras de la Constitución económica. Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en: AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2-12.

<sup>110</sup> Al mismo tiempo, está claro que la Constitución puede exigir un cierto nivel de intervención del Estado, cuando se trata de asegurar los derechos de los trabajadores frente al empresario, un nivel de intervención muy por encima del exigido para garantizar la libertad de empresa, *Ibidem.*, p. 12.

<sup>111</sup> *Ibidem.* p. 47.

<sup>112</sup> Se ha sostenido que el desarrollo de la economía depende de la eliminación de los obstáculos existentes, así como exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N° 29, 1998, p. 9.

sociales<sup>113</sup>. Pero podemos pensar también en un Estado cuya intervención incide en la productividad, de forma que realiza inversiones de capital constante en actividades que son necesarias para la acumulación del capital, como transportes, infraestructuras, investigación, tecnologías, etc., y por supuesto, inversiones que contribuyen a la reproducción y a la cualificación de la fuerza de trabajo. No obstante, esta razón, que es propia del Estado Social, no lo es necesariamente de una economía socialista en la que la acumulación de capital está sólo en manos del Estado.

Podemos afirmar que la Constitución española de 1978 coincide con un sistema intermedio o mixto, o como lo define Bassols Coma: un sistema abierto, mixto y equilibrado<sup>114</sup>, en el que concurren las decisiones individuales y estatales, y la propiedad pública y privada, de manera que de ello resulta el denominado *sistema económico social*, lo que significa que la economía de mercado se encuentra basada fundamentalmente en la libre iniciativa económica<sup>115</sup>, y que es fruto del consenso de las distintas formaciones políticas en el reconocimiento de derechos económicos fundamentales y de opciones de intervención en la economía de los poderes públicos; precisamente de ese consenso al que nos hemos referido, es de donde interpretamos que la Constitución debe ser un marco o un eje, dentro del cual pueda moverse el desarrollo económico<sup>116</sup>.

Asimismo, a pesar de que el orden económico establecido en la Constitución es un sistema abierto y flexible, también es válido hacer notar, tal como lo afirma Entrena Cuesta, que este sistema debe ser “bastante afirmado en los fundamentos esenciales

---

<sup>113</sup> Cfr. C. de Cabo Martín, *La Crisis del Estado Social*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986, p.19.

<sup>114</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *La Constitución como marco de la legislación económica*, en: *Economía industrial*, Ministerio de Industria y Energía, N° 349-350, 2003, p.17.

<sup>115</sup> Cfr. P. Damiani, “*Costituzione economica e ...*”, ob. cit., p. 342.

<sup>116</sup> En primer lugar, un desarrollo orientado a las finalidades económicas que deben orientar la actuación de los poderes públicos. Y, en segundo lugar, la aparición de nuevas finalidades y demandas, que dan lugar a nuevas responsabilidades del Estado, como por ejemplo en materia de protección del medio ambiente y de *desarrollo sostenible*. Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, p. 145.

para dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible”<sup>117</sup>; de igual forma se expresa Juan Asenjo, cuando manifiesta que se debe definir con precisión una Constitución económica, sobre todo porque la economía no puede funcionar al margen de la Constitución, ya que todo sistema debe estar basado en un conjunto de “reglas aceptadas por los agentes económicos”, porque de lo contrario, “la alternativa, sería un caos”<sup>118</sup>.

Lo anterior se concluye del artículo primero de la Constitución española, que constituye al Estado como un *Estado social y democrático de derecho*<sup>119</sup>, es decir, un estado que es activo, intervencionista respecto de la sociedad, que somete su actuación a la de la mayoría democrática y a la disciplina del Derecho.

Tal y como veremos más adelante, dicho modelo admite ciertas intervenciones del Estado, de forma que el sector público complementa a la iniciativa individual, en el sentido de que los derechos y libertades económicas individuales que recoge este sistema económico, conllevan una función social intrínseca, encontrándose orientado *socialmente*<sup>120</sup>. Como ya lo dijimos, la Constitución económica representa una manifestación del marco y principios jurídicos de la ley fundamental que regulan el funcionamiento de la actividad económica desarrollada por los individuos y por el mismo Estado, en ella se encuentran sus libertades, derechos, deberes y responsabilidades<sup>121</sup>. Así como también, se concretan las reglas y principios que definen dicho sistema económico, determinando sus metas y por tanto, en ella se integran los derechos fundamentales de carácter social y contenido económico<sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr. R. Entrena Cuesta, “*El Principio de Libertad de Empresa*”, en: F. Garrido Falla (coord.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 106-165.

<sup>118</sup> Cfr. O. de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española, iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.63.

<sup>119</sup> G. Pisarello Prados, *Las afinidades constitucionales de Habermas*, en: *Jueces para la democracia*, N° 39, 2000, p. 56.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>121</sup> Cfr. J. I. Font Galán, *La Empresa en el derecho Mercantil*, en: G. J. Jiménez Sánchez y otros, *Derecho Mercantil*, Barcelona, Ariel Derecho, 2005, p. 132.

<sup>122</sup> Cfr. A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 188.

Asimismo, encontramos en el Texto constitucional derechos fundamentales de libertad que sujetan la democracia al sistema de libre mercado y por ende de libre empresa, y por otro lado, preceptos que habilitan la intervención pública en el proceso de desarrollo de aquellas libertades, como en el caso de los artículos 128 y 131 CE<sup>123</sup>. De forma tal, que se logra articular un modelo flexible que respeta la libertad de empresa, y la propiedad privada permitiendo la intervención pública para la satisfacción de los intereses generales con el fin de alcanzar los valores del artículo 1 CE y los objetivos del artículo 9 CE<sup>124</sup>.

El estudio de la existencia de un modelo económico planteado por la Constitución española, nos lleva a situarnos dentro del tipo de Estado en el que se integra dicho modelo, considerando características propias de un Estado Social de Derecho, es decir, estableciendo cómo deber de los poderes públicos el fomento de las condiciones para un efectivo ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de las colectividades sin tomar en cuenta su situación social y al mismo tiempo, determinando que la riqueza del país, cualquiera que sea su titularidad, está subordinada al interés general<sup>125</sup>; debemos hacer notar que es muy difícil no caer en los tópicos relativos a las funciones sociales del Estado o de las obligaciones del mismo en el ámbito económico, como producto de un largo proceso histórico, en el que encontramos la necesidad de incidir en la realidad económica y social, en formas concretas, es decir, en su dirección y en su práctica, porque no puede limitarse a

---

<sup>123</sup> Dichos artículos regulan un modelo flexible que respetando la libertad de empresa, y la propiedad privada permite la intervención pública para la satisfacción de los intereses generales con el fin de alcanzar lo establecido por el art. 1 y los objetivos del art 9 CE, igualdad material, mediante la reserva al sector público, la planificación y la intervención o regulación de los diversos sectores de la economía, y así resulta como la Constitución Económica se asienta sobre el principio de competencia económica en el mercado.

<sup>124</sup> Cfr. A. Domínguez Vila, y G. Pérez Sánchez, *La libertad de prestación y establecimiento de servicios. La Directiva 123/2006. Su trasposición a los O.J. Autonómicos*, en: Consejo Económico y Social de Castilla y León, Edición 2009-II, p. 3.

<sup>125</sup> Cfr. M. García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: "El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 1659.

establecer normas que reconozcan libertades de manera abstracta, es necesario que se garantice la participación y el disfrute de los bienes sociales y económicos.

De manera que cuando el Estado reconoce, respeta y garantiza la protección y ejercicio de los derechos, es un Estado que como veremos más adelante, también es capaz de proporcionar prestaciones que aumenten las oportunidades de desarrollo de cada uno de los ciudadanos.

Dicha afirmación pone de manifiesto que nos encontramos frente a un Estado Social. Cuando el orden de la sociedad debe perfeccionarse a través de la actuación del Estado, tanto en el ámbito económico como en el social, siendo éstas sus características, cuya manifestación primordial se establece en la Constitución. Es en aquélla donde se regula bajo un conjunto de preceptos de carácter económico, la intervención del Estado en el orden económico a la vez que se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales<sup>126</sup>, cuyo fin es el de regular la intervención del Estado en el orden social. Que además de surgir del reconocimiento y ejercicio jurídico de valores como la igualdad, la solidaridad y la justicia social<sup>127</sup>, constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión e integración social y política.

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que la intervención pública a la que nos referimos, debe encontrar un contrapeso o un equilibrio en la existencia de múltiples deberes y responsabilidades empresariales de los titulares de la libertad de empresa, ya que es en este tema, en donde no es posible “concebir la libertad sin la responsabilidad”<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. A. Baldasarre, *Los derechos sociales*, Santiago Perea Latorre (traducción), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 15-21.

<sup>127</sup> Amartya Sen propone que bajo un punto de vista tanto económico como filosófico, es posible alcanzar una transformación en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales en una sociedad democrática, sólidamente fundamentada en motivaciones éticas y de justicia social, en: M. Pedrajas, *La transformación ética de la racionalidad económica* en: Amartya Sen. *Una recuperación de Adam Smith*, Quaderns de Filosofia i Ciència, N°. 36, 2006, pp. 105-117.

<sup>128</sup> Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 126.



La vigente Constitución española no sólo contiene diversos preceptos de contenido *socioeconómico*<sup>129</sup>, sino que también consagra un modelo de economía de mercado que se caracteriza por la libre iniciativa empresarial, libre negociación, libertad sindical, libertad contractual, entre otros; y además contiene preceptos orientados a legitimar la posible intervención del Estado, sobre éste análisis es válido cuestionarnos sobre si dicha intervención del Estado es sólo posible o si es necesaria, toda vez que sólo a través de ella pueden realizarse en la práctica fines y objetivos constitucionales<sup>130</sup>.

Del mismo modo, y para el caso que hoy nos ocupa, el artículo 38 CE posee límites al ejercicio de la libertad de empresa, y los expone como “exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación”. Sin embargo, es justo analizar si dicho modelo económico protege efectivamente la coexistencia de la libre iniciativa empresarial por parte de los particulares, y la potencial intervención del Estado en decisiones específicas y en concretas actividades económicas que se desarrollan dentro del mercado<sup>131</sup>.

Así como también es justo analizar cómo las características generales del estado social, es decir, el sistema de interrelaciones entre el nivel político y socioeconómico, existente entre la sociedad y el Estado que perfecciona su intervención a través de actuaciones concretas a nivel económico como social<sup>132</sup>; y sus exigencias jurídicas como lo son los preceptos constitucionales que regulan precisamente esa intervención del Estado, tanto en lo económico como en lo social. Dicha

---

<sup>129</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p.27.

<sup>130</sup> Un claro ejemplo de este intervencionismo sería el que durante largos años se ha gestado en torno al Derecho del Trabajo.

<sup>131</sup> Podemos tomar como ejemplos de intervención del Estado, en casos necesarios, cuando el Estado en ejercicio del principio intervencionista podrá colocar límites a los precios de determinados bienes o servicios, siempre que se vea amenazada la libre competencia económica o los derechos del consumidor.

<sup>132</sup> La relación entre lo económico y social, prácticamente responde a la búsqueda como fin esencial de todo esfuerzo, la constante mejora de condiciones de vida y de trabajo. Cfr. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N° 29, 1998, p. 9.

intervención ha sido también reconocida como una práctica de “corrección” en la que destaca la dirección del mercado<sup>133</sup>.

Dichas exigencias definen el marco jurídico de la economía al integrar las bases constitucionales de actuaciones del Estado que intervienen en el desarrollo de las actividades propias del ámbito socioeconómico<sup>134</sup> que llevan a cabo la sociedad y el Estado, tales como los procesos de acumulación de capital, la productividad, las fuerzas de trabajo, etc., en donde encontramos a la libertad de empresa.

Es necesario subrayar en lo relativo al reconocimiento constitucional de las intervenciones<sup>135</sup>, ya sea de “carácter negativo o restrictivo en materia de inversiones, adquisición o intervención de empresas, o bien de carácter positivo como las que se refieren al aumento de la productividad, o a evitar la sobreacumulación, es decir, gastos del Estado, o los que, derivados del reconocimiento del Trabajo como sujeto y categorizados como derechos sociales, tienen el efecto objetivo de contribuir, por parte del Estado, a costear la fuerza de trabajo o su cualificación”. Ya que se trata de manifestaciones de la “articulación político económica propia del Estado social”<sup>136</sup>.

De manera que, si analizamos a partir de la concepción de Constitución económica, en la intervención del Estado que mencionábamos, encontramos la necesaria alusión al Estado social. Y conforme descubrimos las reglas del juego del marco de las actividades económicas, es decir, del mercado, podemos realizar una conexión entre

---

<sup>133</sup> Cfr. G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1983. p. 20.

<sup>134</sup> Se constatan diferentes modelos de actuación en materia de inserción en los distintos países, fruto de la diversidad de sus contextos socioeconómicos y de regulación de los mercados de trabajo y de las relaciones laborales. Cfr. I. Martín Aranaga, “*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia-Reino Unido-España*”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante pp. 21-46.

<sup>135</sup> En relación a estas intervenciones, cabe destacar que existen intervenciones públicas con un impacto positivo en el bienestar de la sociedad como las políticas de empleo, si se definen como un conjunto de intervenciones públicas cuyo objeto consiste, por una parte, en atenuar los efectos sociales ligados a la degradación de la coyuntura económica (medidas pasivas como, por ejemplo, las prestaciones por desempleo) y, por otra, en mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. *Ibidem.*, p. 30.

<sup>136</sup> Cfr. C. De Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: Teoría y Realidad Constitucional, n. 19, 2007, p. 202.

las necesidades que el Estado Social está llamado a cubrir, y las “necesidades”<sup>137</sup> que el mismo mercado para sobrevivir debe cumplir. Lo cierto es que no es posible permitir que sea el mismo mercado quien ajuste o regule todas las funciones y la forma de operar de las actividades empresariales, sino, más bien, debe ser el Estado social, en coherencia con la Constitución económica<sup>138</sup> y las reglas que de ella emanan. De forma que la regla no debe ser la subordinación de la actuación de los fines sociales al principio del buen funcionamiento de una economía, de lo contrario, estaremos frente a un modelo, que para autores como Bognetti, constituye el factor que determina la crisis del sistema<sup>139</sup>.

Por otra parte, y a propósito del concepto de Constitución económica<sup>140</sup>, el Tribunal Constitucional español ha manifestado que: “existen varias normas destinadas a proporcionar o designar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un modelo económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos”<sup>141</sup>.

No obstante, pese a que el Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador una amplia capacidad de “maniobra para regular el ejercicio de la libertad de empresa”

---

<sup>137</sup> A propósito de dichas necesidades, Pérez Luño señala que “en el Estado Social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina alemana ha calificado de procura existencial. Cfr. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 193.

<sup>138</sup> Cfr. G. Bognetti, *Il modello economica della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, in AA.VV., *Verso una nuova Costituzione*, Milán, 1988.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p.31.

<sup>140</sup> La STC 1/1982 de 28 de enero, la define como el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica.

<sup>141</sup> STC 37/1981: voto particular formulado por el Magistrado don Luis Díez-Picazo a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad N° 184/81, de fecha 16 de los corrientes, al que se adhieren los Magistrados Don Manuel Díez de Velasco Vallejo y Don Plácido Fernández Viagas.

también es cierto que “ha restringido el control de constitucionalidad a la aplicación de un juicio de mera razonabilidad, que simplemente descarta aquellas intervenciones legislativas que resultan manifiestamente injustificadas”<sup>142</sup>.

De forma que el fin del Estado de contemplar una Constitución económica es que ésta “defina el orden de la economía, en cuanto a la forma de organización, reparto de poder de las instituciones y delimitación de la actividad estatal asegurando las funciones de los individuos y de los grupos sociales”<sup>143</sup>.

De lo dicho anteriormente por el Tribunal Constitucional, podríamos afirmar que la *economía de mercado*, es el modelo económico reconocido por la Constitución, sin embargo, es preciso realizar un análisis sobre la economía posible dentro de las exigencias del estado social. En el caso del Estado español, encontramos que el artículo 9.2 CE, determina que es a los poderes públicos a quienes les corresponde promover condiciones de igualdad y libertad, así como remover obstáculos que impidan la participación de los ciudadanos en la vida económica, política, social y cultural<sup>144</sup>.

De tal forma que entendemos la existencia de un modelo económico constitucional, que está integrado por un espacio en el que se ordenan las prescripciones del marco de lo constitucionalmente obligado o prohibido. Este espacio, según Arroyo Jiménez, está gobernado por el principio de constitucionalidad. Ahora bien, él mismo expone que lo que realmente es imposible de encontrar en la Constitución económica es un *modelo constitucional de política económica*, es decir, deducir para cada caso, una “hipotética

---

<sup>142</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, p. 8.

<sup>143</sup> Cfr. F. Garrido Falla (Dir.) y otros; *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, P. 109.

<sup>144</sup> Como todos sabemos, los derechos fundamentales, han sido desde los ideales gestados en los movimientos sociales de los siglos XIX y XX, aquellos que han alcanzado una categorización al ser constitucionalizados y al constituir, a partir de ese momento, una obligación estatal ineludible de promover, proteger y garantizar estos mínimos sociales conexos al respeto integral de la dignidad humana. Cfr. R. Aguilera Portales y D. R. Espino Tapia, "*Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales...*" ob. cit., p. 134.

decisión constitucionalmente obligada”<sup>145</sup>, sin embargo, la connotación que esto tiene se rige por los principios del Estado democrático, además de decisiones particularmente políticas<sup>146</sup>.

Ahora bien, la Constitución española sí establece que tiene que existir una economía política, es decir, que la economía no se puede regir sólo por las decisiones particulares en el mercado<sup>147</sup>, sino por decisiones públicas estatales; y asimismo, determina que esa economía política está dirigida a la efectiva vigencia del Estado social, y particularmente del mandato del art. 9.2 CE a los poderes públicos, lo que implica una serie de características de la economía constitucionalmente ordenada<sup>148</sup>.

El derecho que es nuestro objeto de estudio, parte de su reconocimiento constitucional, y en ese mismo fundamento, se la ha impuesto un ámbito o espacio en donde transcurren las actividades propias de la iniciativa económica, y en donde todos sus participantes operan en la búsqueda de los beneficios de dichas actividades, al amparo del ordenamiento jurídico propio de esta materia.

La Constitución española, como ya hemos citado, en el artículo 38 CE presenta al mercado como *el marco* en el que se lleva a cabo la libertad de empresa. En definitiva, se trata de “la institución que organiza las actividades económicas”<sup>149</sup>. El hecho de

---

<sup>145</sup> Cfr. L. Arroyo Jiménez, “*Libre Empresa y Títulos...*”, óp., cit., p. 22

<sup>146</sup> En relación a dichas decisiones, se sostiene que el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, está siempre encaminada a la tutela de los derechos de libertad. Cfr. A.M. Alterio, *La “esfera de lo indecible” en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*, Universitas. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 13, enero 2011, pp. 17-18.

<sup>147</sup> Cfr. F. Saitto, “*Economia di mercato e regolazione statale...*” ob. cit., pp. 74-75.

<sup>148</sup> Es fundamental mantener siempre presente la fuente principal y única del ordenamiento económico, es decir, la Constitución, de lo contrario, el simple establecimiento de normas económicas más justas no es, en sí, suficiente para promover la justicia social. Cfr. C. Doumbia-Henry y E. Gravel, *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 125, N° 3, 2006, pp. 209-210.

<sup>149</sup> Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 33.

optar por una *economía de mercado*, significa entender que las actividades propias de la economía se encuentran organizadas bajo la *institución* del mercado<sup>150</sup>.

Si partimos del reconocimiento constitucional de este hecho, tenemos que relacionar a la libertad de empresa con cada uno de los artículos que particularmente la tutelan, por tanto, podemos afirmar que existe una economía de mercado, reconocida en el artículo 38 CE, que expone a ésta como el parámetro de actuación de los participantes del mismo en el desarrollo de la libertad de empresa; dichos participantes en una sociedad son una pluralidad tanto privada como pública, y en donde todos persiguen cada uno de sus intereses, en relación al bienestar y la riqueza, que contempla el artículo 128 CE; por su parte, el instrumento que la libre iniciativa económica utiliza para poder ejercer las actividades comerciales, como la producción y los medios para llevar a cabo la misma, es sin lugar a dudas la empresa, y para que ésta pueda desempeñar sus funciones sin detrimentos a los intereses generales y sobre todo de una forma correcta en la que compitan las empresas entre sí, respetando derechos de los trabajadores y consumidores<sup>151</sup>, entre otros, debe existir una intervención<sup>152</sup> por parte del poder público para procurar dichos objetivos, y sobre todo ante la exigencia de la tutela efectiva del interés general, tal y como lo manifiesta el artículo 129 CE; asimismo, la iniciativa económica, que es desarrollada

---

<sup>150</sup> Resulta válido, apuntar que en el ámbito comunitario, el papel que el Estado desarrolla en el establecimiento de un orden económico y en la garantía de su funcionamiento, está orientado al postulado del “no intervencionismo” estableciendo de esta manera, una nueva relación entre economía y política, en donde precisamente el papel del Estado está presidido en función a las exigencias del mantenimiento del mercado, de forma que el intervencionismo público se encuentra orientado a tutelar y garantizar los mecanismos de funcionamiento del mercado. Cfr.G. Maestro Buelga, *Constitución Económica y Modelo social europeo*, en: Revista de Derecho Político, No. 114, 2006, p. 52.

<sup>151</sup> Insistimos en que en relación a estos dos individuos que están siempre presentes en las distintas actividades de la vida económica, se sostiene que a ambos poseen una conexión con la libertad de empresa y el libre desarrollo de la personalidad; lo relevante a este punto, son los efectos sobre terceras personas que tienen las decisiones tomadas por los particulares y la Administración pública en el ámbito económicos, y en especial sobre éstos dos elementos básicos del mismo: los trabajadores y consumidores.

<sup>152</sup> Sobre la cuestión de las intervenciones, es interesante la argumentación de Pisarello, que afirma que, para los poderes públicos, el principio central sería la justicia distributiva, "conforme al mismo, la igualdad de hecho sólo podría conseguirse mediante una igual distribución de la libertad de hecho. Los mecanismos principales para alcanzar ese objetivo serían los derechos sociales y las intervenciones legales selectivas dirigidas a remover ciertas desigualdades fácticas. Cfr.G. Pisarello Prados, *Las afinidades constitucionales de Habermas*, en: Jueces para la democracia, N° 39, 2000, p. 52.

por sujetos privados, y en algunos casos concretos, también por sujetos públicos, cuyo ejercicio debe estar regulado según los artículos 130<sup>153</sup> y 131 CE<sup>154</sup>.

En este apartado también pretendemos definir en qué consisten algunos conceptos propios de la economía de mercado y, asimismo, establecer las funciones del Derecho en el ámbito de actuación de las actividades comerciales, y los objetivos que se pretenden alcanzar cuando la intervención del Estado se hace plausible en situaciones en donde se requiere. De igual manera, trataremos de comparar la realidad del mercado con un sistema de organización más amplio, el mercado de la Comunidad Europea.

Por otra parte, como hemos observado en el presente estudio, el artículo 128 CE<sup>155</sup>, constituye una legalización expresa de la iniciativa pública en donde se le habilita a

---

<sup>153</sup> El artículo 130 de la Constitución Española se integra en lo que se denomina "Constitución Económica". Al contrario de lo que sucedía en el constitucionalismo liberal del siglo XIX, regido por "la mano invisible" de Adam Smith, las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, adoptadas en el marco del Estado de Bienestar, consideran necesario incluir en la Norma Suprema los principios fundamentales que rigen el sistema económico, por considerarse una materia fundamental para la sociedad. Nuestros constituyentes optaron además por configurar la Constitución Económica como un marco amplio y flexible en el que caben distintas opciones políticas en materia económica, siempre dentro de la economía de mercado y con el respeto al resto de los preceptos constitucionales, pero permitiendo un mayor o menor intervencionismo del Estado en la Economía. En derecho comparado son significativos los artículos 44 de la Constitución Italiana de 1947.

<sup>154</sup> Recordemos que existen habilitaciones que autorizan ciertos tipos de intervención, ya sea directamente (como los previstos en el art. 128.2 CE: iniciativa económica, reserva al sector público e intervención de empresas, y en el art. 131.1 CE: planificación), o bien de modo indirecto e implícito, como resultado de ciertos mandatos finalistas, especialmente bajo la forma de derechos económicos y sociales y de principios rectores de la política social y económica (básicamente contenidos en el Capítulo III del Título I, pero también en los arts. 9.2, 27.5, 31.2, 38, 129.1 y 2, 130, 138), que, al orientar la acción pública en determinados sentidos, están igualmente, y quizá éste sea su valor jurídico fundamental, habilitando a los poderes públicos para que actúen en su prosecución. Por lo que en el caso del, art. 130 CE, que, aunque con carácter también muy general (modernización y desarrollo de los sectores económicos, y en particular de la agricultura, la ganadería, la pesca y la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles), representa sin duda una mayor concreción en relación con el "interés general", que puede justificar actuaciones especiales en estos ámbitos. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, pp. 128-145.

<sup>155</sup> Concretamente el artículo 128.2 CE, señala el marco jurídico unitario en el que puede desenvolverse la actividad económica de todos los agentes, públicos y privados. En este sentido, puede decirse que la Constitución establece una garantía estructural de la unidad económica, en la

emprender actividades económicas propias del mercado. Asimismo, debemos entender que en dicho artículo se establece también una excepción a la regla del artículo 38 CE de nuestro objeto de análisis, en la que se concede una reserva de Ley al sector público en el caso de monopolio<sup>156</sup>, de ciertas actividades económicas<sup>157</sup> y que estudiaremos con mayor detenimiento en la segunda parte de nuestro estudio.

De manera que si intentamos definir el mercado como una institución<sup>158</sup>, a la luz de las disposiciones económicas de la Constitución española, nos referiremos a un sistema de organización<sup>159</sup> en el que la iniciativa económica se complementa con la iniciativa pública, resultando que la actividad económica posee las facultades de libre acceso, libre permanencia y libre abandono del mismo, y los poderes públicos le brindan la facultad de poder llevar a cabo dichas actividades y al mismo tiempo protege a la iniciativa económica.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado dentro de la delimitación del contenido del derecho que investigamos, esa vinculación que existe entre la actividad

---

medida en que todos los poderes públicos deben respetar las mismas reglas generales en su actuación económica y de que todos los particulares se encuentran frente a éstos en las mismas condiciones básicas para desarrollar sus actividades. Cfr. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º. 14, 1993, p. 45.

<sup>156</sup> En relación a los monopolios, se ha señalado que la promoción de la competencia prácticamente tiene sus inicios en Estados Unidos, efectivamente, la Constitución del Estado de Maryland de 1776 ya establecía en su artículo 29 que "los monopolios son detestables, contrarios al espíritu del gobierno libre y a los principios del comercio y que no tienen por qué ser soportados". Incluso Jefferson propuso que en las enmiendas sobre los derechos fundamentales a la Constitución federal se incluyera una prohibición de los monopolios. Madison asentía en una carta a Jefferson. Cases Pallares, L. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*; Marcial Pons, Escola de Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1995, p. 454.

<sup>157</sup> Esto se explica, si tomamos en cuenta que la iniciativa pública económica es esencialmente diferente a la libertad de empresa que señala el artículo 38 CE., de forma tal que debemos entenderlo como un atributo propio de la Administración del poder público, pero que se debe ceñir a las regulaciones establecidas de una economía de mercado propia de un Estado social.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>159</sup> A este sistema, que es una compleja serie de operaciones en relación a la iniciativa pública, se le suma aquella de la prestación laboral y se instrumenta a partir del sistema de organización general del trabajo adoptado por los empresarios mediante las concretas órdenes e instrucciones impartidas por éste a sus delegados. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2004, pp. 147-148.



económica propia de la libre empresa y la economía de mercado<sup>160</sup>; de donde podemos deducir la idea de que el mercado como tal, supone la existencia de varios empresarios, es decir, la concurrencia de diversos actores en las actividades económicas que interactúan dentro del mismo<sup>161</sup>. Y ello supone una condición de igualdad de participación de dichos actores.

De esta misma manera lo entiende el derecho comunitario, que señala que el principio de economía de mercado se remite a la libre competencia<sup>162</sup>, y es que, a pesar de que el artículo 38 CE no menciona la libre concurrencia o competencia, ésta la deducimos del reconocimiento que hace sobre el marco de actuación de la libre empresa, es decir, del mercado. Sobre este punto es importante que resaltemos la idea de libre competencia que aporta la normativa comunitaria<sup>163</sup>, en donde se trata de un supuesto básico de la libertad de empresa, pero que a nuestro punto de vista y tal como trataremos de analizar en la tercera parte de este trabajo, afecta al marco del Estado social alterando los supuestos del mismo<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> SSTC 37/1998 F.J. 5, de fecha 17 de febrero de 1998 y 225/1993 F.J. 2, de fecha 8 de julio de 1993.

<sup>161</sup> Se ha dicho, y estamos de acuerdo, sobre dicha interacción, la regla general de ordenación económica, en virtud de la cual se exige un mercado libre, con plena movilidad de los factores de producción, se regule a sí mismo por la concurrencia de la oferta y de la demanda. E. Albertí Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º 14, 1993, p. 55.

<sup>162</sup> Artículos 4 y 98 del Tratado de la Comunidad Europea.

<sup>163</sup> Sabemos que desde los inicios del Tratado de la Unión, se prevén condiciones para alcanzar un régimen que garantice que la competencia no sea "falseada" en el Mercado interior, así como en la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros que se supone, se lleva a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, de manera tal que cuando alguna disposición emanada de los Estados miembros "falsea las condiciones de libre competencia (...) y provoca, por tal motivo una distorsión" está prevista la adopción de medidas para evitar discriminaciones del cualquier tipo que alteren las condiciones de concurrencia del mercado y generen cambios sustanciales en las corrientes normales de tráfico de bienes y ser vicios como consecuencia de las diferencias de costes y precios, por ejemplo. Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N.º 29, 1998, pp. 12-13.

<sup>164</sup> A este punto, no es posible olvidar que la idea del Estado social que estudiamos en este trabajo, es en realidad, la imposición de un "vínculo social al sistema económico, vínculo que permite constituirse tanto en fuente de definición, como en límite de las libertades económicas constitucionalmente reconocidas". G. Maestro Buelga, "Constitución económica e integración europea", en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, pp. 50-60.

Si partimos entonces de este reconocimiento constitucional del mercado<sup>165</sup>, es justo que se le adjudiquen las funciones de organizar a las actividades propias de la economía general<sup>166</sup>, y su carácter de fundamental, como el ámbito o el espacio de desarrollo que ha sido destinado para que se lleven a cabo tanto las actividades empresariales como el ordenamiento jurídico que le es aplicable a las mismas y que a la vez, las controla y limita.

Está claro, que dada su relevancia dentro de la economía del Estado, el mercado también merece ser regulado, ya que los poderes públicos están obligados a actuar como garantes de la armonización entre las actividades económicas de la iniciativa económica, y el interés general<sup>167</sup>. Asimismo, es posible imponer a los poderes públicos, la vigilancia de la referida competencia entre los titulares del derecho en cuestión.

En este orden de ideas, Immega, se refiere al derecho de la economía como un sector “que sirve para disponer (mediante la producción y la distribución) los recursos

---

<sup>165</sup> Es necesario destacar en este punto, que la constitución económica introduce un planteamiento metodológico, es decir constituye la economía de mercado, como el modelo de referencia, dentro de dicha economía de mercado, es en donde encuentran su sentido las normas del ordenamiento que disciplinan la economía. Y a propósito, de los dos modelos de ordenación de la economía existentes, los teóricos de la escuela de Friburgo, que hemos ya mencionado, argumentaban que de la economía centralizada y la de mercado, esta última es la única "conciliable y conforme a los principios de Estado de Derecho democrático". Por tanto, se afirma que, la economía de mercado se constituye en referencia constitucional, en modelo normativo de ordenación de la economía. "La compatibilidad entre principio constitucional fundamental al Estado de Derecho democrático y economía de mercado dota a ésta de un status de modelo normativo que se contagia de la supremacía constitucional". G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e integración europea*", en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, pp. 55-60.

<sup>166</sup> Para algunos autores, dicha libertad de empresa, es entendida dentro del marco de las "exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación a que alude el mismo art. 38 de la CE. Estas exigencias no podrán servir en ningún caso de pretexto para vulnerar los elementos sustanciales de la libertad de empresa: el derecho a la creación, organización, modificación y en su caso disolución de empresas, así como la constitución de grupos de empresas y la igualdad y la competencia entre los agentes económicos en el mercado". Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 126.

<sup>167</sup> Cabe hacer notar, que el orden en que hemos planteado el funcionamiento del mercado, evidencia que el fin principal es alcanzar la tutela del interés general, y no al contrario, es decir, no el interés general subordinado al mercado, como espacio en el que se alcanza la satisfacción de éste. *Ibíd.*, p. 106.

escasos al servicio de la cobertura de las necesidades”<sup>168</sup>, de forma tal, que para llevar a cabo estas actividades se dispone de la planificación y del mercado, poniendo de relieve una relación más: el Estado y la economía.

Por su parte, en el ámbito comunitario, se pretende la creación de un mercado único<sup>169</sup> dadas las circunstancias que legitiman su actuación dentro de un espacio territorial, en donde los bienes y servicios que circulan, son ante todo de interés general suficiente como para ser parte de la protección del ordenamiento que ampara las actividades económicas propias de este marco organizador, que a la vez se caracteriza, por su condición de supranacional<sup>170</sup>, dentro del mercado interior de la Comunidad Europea.

Lo anterior, no es muy distinto de lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha destacado como unidad de mercado, señalando que ésta “supone por lo menos, la libertad de circulación, sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios, y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”<sup>171</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>168</sup> Cfr. U. Immega, *El derecho del mercado*, en: Texto de la conferencia impartida por el autor en las Universidades de Valencia y Jaume I de Castellón, en el marco de las actividades desarrolladas con motivo de la concesión de una cátedra por la fundación Banco Bilbao Vizcaya, octubre - noviembre de 1999. Traducciones de J.M., Embid Irujo, y M<sup>a</sup> de L. Ferrando Villalba, Tirant lo Blanch, 2001. pp. 85-100.

<sup>169</sup> Las libertades económicas en el derecho comunitario (de circulación de capitales y mercancías, de prestación de servicios, de establecimiento) han sido reconocidas con el fin de alcanzar el objetivo de la Comunidad Europea que es la del funcionamiento del Mercado Único como su elemento que la caracteriza mediante criterios de competencia. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, Madrid, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, 2003, pp. 45-46.

<sup>170</sup> Mucho se ha discutido sobre éste carácter de supranacional, aunque se sostiene que la Unión Europea tenía previamente una condición distinta de la de mera organización internacional o supranacional, debido a que las instituciones europeas habían configurado un ordenamiento jurídico propio con sus propias fuentes de producción de normas aplicables en los Estados miembros. Cfr. F. Balaguer Callejón, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N<sup>o</sup>. 2, 2004, p. 68.

<sup>171</sup> STC. 88/1986, de 1 de julio, FJ.6.

No obstante, aunque dicho Tribunal reconoce el mercado único, no garantiza la igualdad<sup>172</sup> de condiciones entre los titulares de las empresas a la hora de desarrollar sus actividades económicas, lo cierto es, que, que en este sentido, y tal como lo mencionábamos en el caso del derecho comunitario, consideramos que la base fundamental para garantizar este nivel de igualdad de oportunidades por parte de los titulares de la libertad de empresa, sin duda, se mide por las condiciones que se establezcan mediante el derecho de la competencia<sup>173</sup>, que estudiaremos en el próximo capítulo.

Es oportuno destacar que la Constitución económica del Estado social de la que hemos venido hablando, es precisamente aquella que compone el modelo de cambio en las transformaciones materiales que incorpora el Estado social, es decir, el cambio en las funciones del Estado social esencialmente en los ámbitos económico y social, que no se establecen como esferas contrapuestas, sino que ambas definen las condiciones materiales de esta forma de Estado<sup>174</sup>. Esta idea es a la que Mortati define como la necesidad de recuperar la unidad en la pluralidad y de unificar en el ámbito jurídico espacios que habían permanecido separados<sup>175</sup>. Para Mortati, es precisamente la conexión que existe entre la constitución material y la forma de Estado, el elemento que delimita a la Constitución económica, , que obtiene una dimensión doble, conflictual y garantista<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> Cfr. T. de la Quadra-Salcedo, *Mercado Nacional Único y Constitución*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 14.

<sup>173</sup> Según el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, se prohíbe todo tipo de prácticas que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia en el mercado interior como son, por ejemplo, la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto del mercado. Cfr. B. Arruñada, *Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, N° 211, 2001, pp. 31-33. Cabe analizar si es verdad o no que el único fin de estimular la concurrencia y la competencia es tan sólo procurar el buen funcionamiento de las actividades económicas propias del mercado y sobre todo el bienestar social.

<sup>174</sup> De tal manera que se trata de cuestiones constitucionales con un interés económico y social, se trata de un alivio "existencial" para esta forma de Estado ya que es inevitablemente, Económico y Social. Cfr. F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, p. 23.

<sup>175</sup> Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 129-132.

<sup>176</sup> Cfr. C. de Cabo Martín, "La crisis del Estado ...", ob. cit., pp. 28-30.

La dimensión conflictual se refiere a la parte de disponibilidad dirigida al desarrollo del conflicto, ya que los derechos sociales reflejan en su estructura una sujeción con la dimensión conflictual de la constitución material; por otra parte, la dimensión de garantía establece el reconocimiento de aquellos que protagonizan el conflicto distributivo.

Al interior de la Comunidad Europea, se puede evidenciar la existencia de una contradicción entre el constitucionalismo que ha generado la construcción del Estado social y la nueva realidad constitucional que plantea la integración europea. En este sentido, la Constitución material ofrece la oportunidad de comprender y resolver la contradicción entre los ordenamientos constitucionales formales nacionales y el europeo. Especialmente a partir del Tratado de Maastricht, la Unión Europea se configura como el ámbito normativo desde el que se configura la nueva forma de *Estado mercado*<sup>177</sup> o Estado regulador en el espacio europeo, armonizando las constituciones económicas nacionales con la Constitución económica comunitaria, en confrontación con los fundamentos del Estado social.

De forma que la Constitución económica comunitaria<sup>178</sup> emerge como un espacio básico de la nueva constitución material que supone la ruptura del Estado social, y por ello se propone como el marco de resolución en las relaciones entre ordenamientos, porque es a partir de la realidad material del mercado desde donde se construye el complejo jurídico constitucional e institucional europeo.

---

<sup>177</sup> A propósito del Estado mercado, es válido destacar que nos referimos, al igual que en el caso del estado regulador, a una forma nueva de Estado que se contrapone al Estado social (y a los diversos modelos en general), tratándose de nuevas formas de intervención en las que se omite identificar al estado como el responsable del bienestar de sus ciudadanos, y podemos identificar como una “estrategia” del Estado mercado, a partir de la globalización económica, y en el ámbito comunitario, a las tendencias que favorecen los procesos liberalizadores que promueven la competitividad en el mercado. Cfr. G. Maestro Buelga, *Constitución Económica y Modelo social europeo*, en: Revista de Derecho Político, No. 114, 2006, p. 79.

<sup>178</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e integración...*”, ob. cit., p. 97.

La integración de los mercados de los Estados miembros en un mercado único europeo<sup>179</sup> se lleva a cabo en confrontación con el constitucionalismo social. Por tanto, la constitución económica del ordenamiento comunitario<sup>180</sup> redefine la constitución material de los Estados miembros, y señala dicho momento como una ruptura que da lugar a una modificación en la forma sustancial de la constitución que vincula la tradición del constitucionalismo social, presentando una contradicción entre constitución formal nacional y nueva constitución material, que se resuelve a través de la armonización que desde el constitucionalismo compuesto<sup>181</sup>, realiza la constitución económica comunitaria con el constitucionalismo estatal, en el apartado que sigue, analizaremos este tema con más detenimiento.

Continuando con el tema de la economía de mercado como el modelo económico reconocido por la Constitución, encontramos que para Cosculluela Montaner y López Benítez el *mercado* no puede considerarse un valor en sí, sino un contexto en el que se desenvuelve toda la actividad económica y en el que se afirman valores<sup>182</sup>. A pesar de la afirmación que hacen estos doctrinarios, consideramos que el mercado es un modo de funcionamiento económico, de asignación de los recursos escasos, y no una estructura de valores.

---

<sup>179</sup> Entre las consecuencias que genera este mercado único, podemos tomar como ejemplo, la concentración de empresas, que viene determinada y acelerada por la consolidación del mercado único europeo. En el ámbito europeo, la liberalización ha sido auspiciada por la propia Comunidad Europea, que, en coherencia con el objetivo de construir un gran *mercado único* europeo, que formuló el Acta Única Europea, ha tratado, a la vez de que se hicieran efectivas todas las libertades de circulación, y en particular las de establecimiento y circulación de capitales, asegurar, con carácter general y en todos los sectores económicos, un marco de competencia no falseado. Cfr. L.A. Velasco San Pedro, (coord.) *El derecho europeo de la competencia, (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 1-28.

<sup>180</sup> A pesar de tal afirmación, para Maestro Buelga, los intentos de recuperar una conexión de la constitución económica comunitaria con la idea de economía mixta, referida al Estado social "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". *Ibíd.* pp. 97-98.

<sup>181</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea*, en: Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo). AAVV. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 71.

<sup>182</sup> Cfr. L. Cosculluela Montaner y M. López Benítez, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007, p. 34.

Precisamente, lo que se hace al limitar el mercado y regularlo es obligar a que los valores constitucionales tengan efectiva vigencia social *a pesar del* mercado. De igual forma, es oportuno destacar que históricamente, los valores constitucionales no han tenido vigencia o no se han afirmado en el mercado, ya que en la práctica, los alcances de la libre iniciativa económica<sup>183</sup> no han sido delimitados por los principios y derechos de una verdadera *economía social de mercado*<sup>184</sup>, tal y como expresa, en síntesis, el preámbulo de la Constitución, que declara que “la nación española desea promover el progreso de la economía para asegurar a todos una calidad digna de vida”<sup>185</sup>.

El mercado debe regularse y limitarse para que no pueda contradecir los valores o principios constitucionales. Esto quiere decir, eliminar de la concepción del mercado la idea de un orden natural ajeno a la intervención política y supone más bien, establecer una conexión entre política y economía, a diferencia de la posición tradicional liberal<sup>186</sup>. Estos valores se determinan a partir de normas constitucionales o legislativas, y la protección o defensa de los mismos, son el fin que deben perseguir las actuaciones de los Poderes Públicos en el mercado; los valores incorporados en la economía de mercado, se originan en los principios generales del régimen de

---

<sup>183</sup> Si bien es cierto que la libre iniciativa económica no se encuentra entre los derechos reconocidos expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en sus Protocolos Adicionales, si es verdad que el Tribunal de Estrasburgo ha ampliado el contenido de algunos de los derechos del Convenio para amparar bienes jurídicos relacionados con la libertad de empresa. Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 2.

<sup>184</sup> R. Martín Mateo, *El marco público de la economía de mercado*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 25-34.

<sup>185</sup> Párrafo del preámbulo de la Constitución española de 1978, Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey el 27 de diciembre de 1978.

<sup>186</sup> Contrario a la idea de dicho orden tradicional liberal, es el ordoliberalismo, que entiende necesaria la intervención de los poderes públicos para asegurar un progreso social basado en la capacidad económica, de forma que estamos en presencia de un problema político en el que las instituciones públicas, es decir, el Estado, deben cumplir un papel fundamental. Esta es la principal aportación de esta corriente, que propicia el nuevo debate sobre la constitución económica, poniendo de manifiesto la viabilidad de la conexión economía-constitución. Cfr. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e integración...*”, ob. cit., pp. 56-57.

libertades<sup>187</sup> en el ámbito económico en el que operan una serie de derechos y libertades, como la libertad de empresa<sup>188</sup>; y al mismo tiempo, se plasman reglas de funcionamiento de los mismos, como por ejemplo, la libre competencia, de la cual tendremos la oportunidad de referirnos más adelante.

Asimismo, podemos afirmar que dichos valores se originan a la vez en normas caracterizadoras del estado en su conjunto, y lo podemos observar analizando conjuntamente las normas que determinan al Estado social, como marco de actuación de la libre empresa y los valores que dicho Estado promulga, recogidos tanto en el artículo 1.1. CE, como en el 9.2 CE, de modo que la interpretación de los mismos logre integrar de manera coordinada los logros del mercado con el interés general que persiguen los valores de la igualdad, libertad, justicia, pluralismo, libre desarrollo de la personalidad, y la participación efectiva de los ciudadanos en los

---

<sup>187</sup> No puede darse por constitucionalmente válida cualquier intervención en un régimen de libertades, por lo cual, se obliga a afinar los controles de las intervenciones públicas, tampoco es válido admitir la legitimidad de los límites a la libertad de empresa cuando la intervención viene justificada por "los intereses de la economía nacional".

<sup>188</sup> Sobre la libertad de empresa, se ha aceptado en la doctrina y jurisprudencia españolas, una concepción abierta y flexible de la *Constitución económica*, que se inspira fundamentalmente en el "principio de neutralidad económica" que acogió en su momento el Tribunal Constitucional Federal alemán, es decir, no existiendo un modelo desde el que pueda valorarse la legitimidad de la actuación de los poderes públicos en la el ámbito económico, sin la existencia de un modelo que justifique o controle los límites a la libertad de empresa impuestos por los poderes públicos, no obstante, la inexistencia de tal modelo, no impide, naturalmente, que la intervención económica de los poderes públicos pueda valorarse desde la Constitución, con todas las consecuencias que ello comporta. Tal valoración, creo, puede realizarse según la siguiente proposición: los poderes públicos, en la medida de su competencia, podrán hacer uso de las habilitaciones contenidas en la Constitución para la consecución de los fines que la misma ampara, y con el límite del respeto a los derechos reconocidos en su Título I. Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, pp. 124-125. A estos límites que diseñan el parámetro de actuación de los poderes públicos dentro de las libertades, cuando se trata de límites al legislador, se les coloca en la califica de acuerdo al principio de proporcionalidad, que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo primero del principio de Estado de Derecho consagrado en el artículo 20.3 Ley Fundamental de Bonn y más tarde "de la propia esencia de los derechos fundamentales". Cfr. M. Bacigalupo Saggese, *La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 13, N° 38, 1993, p. 300.



asuntos públicos, por ejemplo, y que se extiendan a las relaciones económicas que se llevan a cabo dentro del mercado.

Consecuentemente, además de defenderse el libre mercado, se subraya la necesidad de incorporar un contenido social en la economía de mercado como parte propia de esta última, porque no puede haber un orden de mercado sin protección social, y como ya lo veíamos, *la economía social de mercado*, no puede ser una mezcla de socialismo y capitalismo, sino que tiene como reto, alcanzar de forma paralela y partiendo de un sistema de libre competencia, el progreso social y económico<sup>189</sup>.

Existe una propuesta *ordoliberal*<sup>190</sup>, en la que el alcance de la dimensión social de la economía de mercado, en donde la compatibilidad declarada entre política social y mercado se ve condicionada por la compatibilidad subalterna del primero, ocupando el mercado una posición central<sup>191</sup>.

En este caso, la intervención social se encuentra limitada, por la garantía del funcionamiento del mercado libre, y presenta al elemento social como subalterno e incapaz de condicionar al mercado, porque considera que el mercado libre es capaz de generar un mayor índice de productividad que una economía intervencionista<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> Cfr. A. Müller-Armack, *Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social en la Economía de Mercado*. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963, pp. 83-126.

<sup>190</sup> Se trata de una ordenación de la economía encomendada al Estado a través de los instrumentos arbitrados por el ordenamiento jurídico, en aras a impedir la puesta en peligro de la libre competencia vía tendencias monopolistas. Por lo que la libertad no es solo limitada por el Estado, sino que ella misma se auto-limita si se deja a su libre curso, y es necesario tutelarla contra las inoportunas intromisiones estatales. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e...*”, ob. cit., pp. 59-60.

<sup>191</sup> El modelo de constitución económica de los teóricos liberales, está basada en un principio de cooperación de los participantes en el mercado y no de subordinación al vínculo político, de manera que expulsa de la Constitución económica todos los elementos considerados como límites de la competencia y que, en consecuencia, limitan o dificultan el funcionamiento del mercado, *Ibidem*. p. 55.

<sup>192</sup> Al contrario de esta afirmación, queremos destacar que es interesante observar cómo la intervención legislativa que señala en la *Grundgesetz* debe ser siempre compatible con la elección de valores hecha por la Ley Fundamental y demás normas tales como libre desarrollo de la personalidad, el principio de la igualdad y el Estado de bienestar. F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, p. 26.

Sin embargo, en el presente análisis consideramos que la economía de mercado, necesita el complemento de una estructura de política social orientada al mercado; y por lo tanto, se vuelve necesario el desarrollo de un sistema de políticas compatibles con las reglas de mercado, y en consecuencia, una política social que renuncie a apartarse de una coordinación del mercado y que termine en intervenciones y controles directos<sup>193</sup>.

## 1.2. MARCO DE LA ECONOMIA DE MERCADO Y ESTADO SOCIAL

En el art. 38 CE no se establece únicamente un criterio o principio<sup>194</sup>, si queremos llamar así al marco de actuación que establece: *la economía de mercado*, ya que a su vez garantiza el derecho a la libertad de empresa, y como consecuencia de ello se supone que impone los límites a la actuación de todos los poderes públicos, en relación a las actividades sujetas al ordenamiento jurídico económico, cuya *cláusula-núcleo*<sup>195</sup>, es nuestro objeto de estudio, y que como ya vimos, no sólo ordena la acción de los poderes públicos y su relación con los ciudadanos, sino también, las relaciones entre particulares<sup>196</sup>. Todo esto con el fin de obtener cómo lo ha declarado el Tribunal

---

<sup>193</sup> *Ibíd.*, p. 56.

<sup>194</sup> Tal es el razonamiento de llamar “principio” a la economía de mercado, a partir de la idea de que ella y la autonomía privada han “abierto a los ciudadanos occidentales un espacio amplísimo para que elijan sus propios fines en la vida y los medios para alcanzarlos”. Cfr. Zöllner, *Privatrechtsgesellschaft*, cit. por J. Alfaro Aguila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, p. 956.

<sup>195</sup> El precepto, que tiene escasos precedentes en el constitucionalismo comparado, constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución en cuanto eleva a categoría el modelo de economía de mercado, con arreglo al cual debe modularse la naturaleza y el alcance de las restricciones admisibles por imperativo de la economía general y de la planificación. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, en: Comentarios a la Constitución Europea, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 980.

<sup>196</sup> Porque a propósito de dicha afirmación, se ha señalado que, si el Estado “dicta normas imperativas para regular las relaciones entre particulares, es porque desconfía de la autodeterminación de los mismos para tomar las decisiones correspondientes, se ha dicho, además que, si se las impone, al menos debe justificar el por qué, de dicha imposición. J. Alfaro Águila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, p. 33.

Constitucional: “un orden económico y social justo”,<sup>197</sup> y para ello, es necesario investigar si existen o no las facultades y límites que proporcionan de manera especial a la actividad del legislador, los denominados “principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada Constitución económica”<sup>198</sup>.

El referido marco de la economía de mercado, establecido en el artículo 38 CE, que manda a los poderes públicos garantizar la libertad de empresa y a proteger su ejercicio, ha sido tomado por una parte de la doctrina española como el eje de las cláusulas económicas de la Constitución, al hacer referencia precisamente, al modelo de economía de mercado<sup>199</sup>. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta y hacer notar, que la metodología adecuada de análisis constitucional es partir de la base de los principios constitucionales hacia las normas que encontramos en el ordenamiento jurídico. En este caso, el marco general para el análisis de la constitución económica no es la economía de mercado, sino el Estado social, que es el principio<sup>200</sup>.

Por tal motivo, podemos afirmar que cuando la Constitución establece la existencia de una *economía de mercado*, no puede tomarse en su significación general o en su concepto socio-económico, sino como la economía de mercado propia de un Estado social, compatible con los principios, fines y valores propios del mismo, y con los

---

<sup>197</sup> Afirmación que encontramos también en el preámbulo de la Constitución española de 1978.

<sup>198</sup> STC 1/1982, de fecha 28 de enero y STC 11/1984 FJ. 5, de 2 de febrero de 1984.

<sup>199</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, Madrid, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, 2003, p. 1.

<sup>200</sup> Hacemos notar que el principio de la igualdad ha sido señalado en la doctrina a menudo bajo el nombre de "principio del Estado social", y se dice que es porque es precisamente su razón de restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 409. Asimismo, y como antes se indicó, el Constitucionalismo del Estado social se asienta en la estructura *Estado social-Democrático-de Derecho*, que, en cuanto estructura, implica que sus elementos están interrelacionados, con la peculiaridad de que esta interrelación aunque naturalmente implica una complejidad de interinfluencias, no es, estrictamente, equilibrada, ya que uno de sus elementos, el Estado social en cuanto procede de componentes más profundos (el pacto Capital-Trabajo) es un condicionante (y respecto de ciertos contenidos constitucionales mínimos hasta determinante) de los otros dos. Cfr. C. de Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º. 19, 2007, p. 207.

objetivos que impone a los poderes públicos<sup>201</sup>, incluyendo los límites que establece cuando reconoce el derecho tutelado.

De manera que la parte de la doctrina que se refiere al mercado como un sistema en donde el Estado remite a los particulares la decisión de qué producir y cómo hacerlo<sup>202</sup>; reconoce que son los particulares los únicos que ostentan esta facultad de disponer libre e independientemente<sup>203</sup> de las actividades de su propio desarrollo económico, siempre y cuando esta libertad se ajuste a los límites impuestos para el ejercicio de las mismas, pero siempre dentro de la garantía y protección que el Estado le otorga a este derecho y sobre todo el reconocimiento que de él hace en la Ley Fundamental insertándolo en el sistema económico reconocido por el mismo.

Considero que dicha protección está reconocida precisamente dentro de los fines, principios y valores que establece un Estado Social, porque son éstos los que delimitan el alcance de la iniciativa privada<sup>204</sup> y no viceversa. Si se considera a la Constitución como el principio rector y el límite de la política económica debe

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>201</sup> De igual forma, el artículo 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de hacer trascender las estructuras del modelo político de Estado, de modo que la igualdad material de individuos y grupos en que se insertan sea real y efectiva. De esta suerte, la idea del Estado social y democrático de derecho tiene la virtualidad de legitimar medios de defensa a los intereses de los diferentes grupos integrantes de la sociedad para que, de este modo, la igualdad material sea una realidad.

<sup>202</sup> Cfr. A. Cidoncha, *La Libertad de Empresa*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 59.

<sup>203</sup> Sobre dicha libertad de disposición, se sostiene que hablamos de una libertad que abarca, sobre todo, la libre planificación económica, la política de personal y la disposición de los medios de producción. Desde el punto de vista constitucional, han desempeñado un papel particularmente importante las limitaciones legales del derecho de disponer libremente sobre los medios de producción y sobre el personal.

<sup>204</sup> Se conocen sobre este punto, las decisiones siempre a favor de un sistema económico que reconoce que la iniciativa privada y la propia responsabilidad del empresario son esenciales en la economía de mercado. Cfr. F. Ossenbühl, *Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 11, N° 32, 1991, p. 38.

entenderse que la intervención del poder público<sup>205</sup> en la actividad económica se rija por principios jurídicos y no por decisiones de los particulares<sup>206</sup>.

Tal y como veremos en el siguiente apartado, la Constitución española vigente proclama diversos principios en materia económica, como el derecho al trabajo, a elegir libremente una profesión u oficio, el derecho a la propiedad privada<sup>207</sup>, a la herencia y a la libertad contractual<sup>208</sup>, por ejemplo. Sin embargo, el que aquí nos interesa es el de la libertad de empresa, y retomando la referida norma constitucional que se refiere al “marco” de actuación de dicha libertad en el ordenamiento jurídico español, nos encontramos con la idea del reconocimiento de un modelo económico: el de la “economía de mercado”<sup>209</sup>, con limitaciones que derivan de las exigencias, tanto generales de la economía nacional como del Estado Social promulgado por el artículo 1.1 CE, de manera que se rechaza un modelo de economía dirigida, optando por uno de economía libre, aunque esta libertad no es absoluta, sino limitada<sup>210</sup>.

---

<sup>205</sup> El Tribunal Constitucional ha declarado que esta intervención: "que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos..." STC 164/2008, F.J. 3, de fecha 15 de diciembre de 2008.

<sup>206</sup> En este punto, y a riesgo de ser repetitiva, insisto en que, si el Estado "dicta normas imperativas para regular las relaciones entre particulares, es porque desconfía de la autodeterminación de los mismos para tomar las decisiones correspondientes, se ha dicho, además, que, si se las impone, al menos debe justificar el por qué, de dicha imposición. J. Alfaro Águila-Real, "*Imperialismo económico...*", ob. cit., p. 33.

<sup>207</sup> Se cuenta con jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para resolver ante el concurso del derecho de propiedad y la libertad de empresa en la STC 37/1987, F.J. 5, de fecha 26 de marzo de 1987, caso Ley Andaluza de Reforma Agraria, la Sentencia estima que desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir.

<sup>208</sup> Por su parte, la STC 112/2006, de fecha 5 abril de 2006, señala que la libertad de contratación “se ha considerado tradicionalmente como una de las vertientes de la libertad de empresa”.

<sup>209</sup> Este modelo económico formulado en el art. 38 CE, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional de España, especialmente en las Sentencias 1/1982 y 11/1984, en las cuales dice que existen en la Constitución “Principios básicos del orden económico”, configurando de tal manera a ese “orden” como el de la “economía de mercado”.

<sup>210</sup> Cfr. M. Aragón Reyes, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p.9.

Por otro lado, es necesario descubrir si dicho modelo está garantizado o no lo está, y si puede ser alterado por decisiones de los poderes constituidos. En principio, el mercado obtiene esta protección que debe ser respetada por el legislador y los poderes públicos al convertirse tras su definición constitucional en una garantía institucional<sup>211</sup>, lo cual será analizando en detalle más adelante, así como también si es posible o no, distinguir en la libertad de empresa un contenido esencial, aunque éste no se presente de manera clara y concreta, y ello nos lleve a cuestionar su existencia; ambas cuestiones serán objeto de un detenido análisis en el desarrollo del presente trabajo.

### 1.3. NOCION DE LIBERTAD DE EMPRESA

Es válido aportar en este apartado, qué se entiende por “*empresa*”: una organización compuesta de una persona ya sea física o jurídica, que dispone de un capital a riesgo, para llevar a cabo un proyecto comercial o industrial, que requiere mano de obra, materias primas, personal, servicios, tecnología, entre otros, reuniendo dichos medios para obtener un producto o un servicio que ofrece al mercado, y que además es titular de responsabilidades económicas a cumplir con su patrimonio.

Para poder llevar a cabo sus intereses, una empresa requiere de “*libertad*”<sup>212</sup>, como el contexto sin el cual no puede existir, y desarrollar su ejercicio, de lo contrario se trataría de una organización burocrática estatal o no estatal<sup>213</sup>.

Asimismo, es necesario destacar que la libertad a la que nos referimos en la presente investigación, es aquella que permite a la empresa una esfera de autonomía alrededor de la misma, en donde posee amplias facultades de decisión, como por ejemplo: libertad de contratación de personal, el giro que la misma posee o el destino para el

---

<sup>211</sup> STC 83/1984, FJ.3, de fecha 24 de julio de 1984.

<sup>212</sup> Para ampliar, ver el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (B.O.E. de 11 de enero de 1991).

<sup>213</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, Comares, 1999, p. 212.

que ha sido creada, entre otras<sup>214</sup>. Como puede observarse, estas libertades deben ir de la mano de *otras libertades*, en donde los beneficiados son la mayoría de los ciudadanos; ejemplo: el respeto a las garantías mínimas como trabajadores de una empresa, las condiciones de contratación, igualdad de oportunidades y la armonía en la que se desenvuelva una empresa, con respecto al medio ambiente.

Se debe reconocer a la empresa como la manifestación más trascendente de la iniciativa económica privada. La empresa constituye la organización de los factores productivos de capital y trabajo, con el fin de producir bienes o servicios destinados a un mercado, la empresa también otorga a su titular la condición de empresario, y con ello la atribución del poder de decisión como el propietario del capital o medios materiales de producción, y a la vez es sobre quien se hacen recaer los beneficios y pérdidas que reporte la gestión, así como también es el acreedor de las fuerzas de trabajo que se adoptan en la empresa<sup>215</sup>.

Determinar el ámbito en el que se desarrolla la libertad de empresa es una labor que no sólo demanda identificar al sujeto y al objeto del derecho en cuestión, sino que a la vez requiere una distinción en el término de “empresa” que alude al objeto y a la vez al empresario, que es considerado como el sujeto; en virtud de que la noción jurídica de *empresa*, aborda no sólo el problema del contenido del derecho, sino también el del sujeto del mismo.

Al reconocerse a la *empresa* como la base del desarrollo de la libertad de empresa, se alude a toda la diversidad de asociaciones económicas que contempla el Derecho privado<sup>216</sup>, pero también a cualquier otra forma que como actividad comercial,

---

<sup>214</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, en: *Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, pp. 992 y ss.

<sup>215</sup> Cfr. L. Suárez-Llanos, *Derecho, Economía, Empresa, Elementos Teoría General del Derecho Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1988, p. 58.

<sup>216</sup> Aunque hacemos referencias a las personas jurídicas que se forman con el fin de dedicarse una o varias actividades comerciales, señaladas por el derecho privado, es oportuno destacar, que también pueden destinarse dichas actividades a entidades del derecho público, normalmente bajo la denominación de empresa nacional, en el caso español, la fuerte presencia de las empresas públicas remite a un período con mayor crecimiento económico. Por ejemplo, en 1974 había colocadas seis

suponga un interés de incorporarse al mercado ofertando un bien o servicio con el fin de obtener un beneficio. Por tanto, ante la multiplicidad de situaciones de orden subjetivo y objetivo que la actividad empresarial pueda representar, se entiende que se encuentran todas amparadas bajo el mismo concepto independientemente que su efectividad radique en un individuo o cualquier forma asociativa<sup>217</sup>.

Font Galán define a la empresa diciendo que es “en su esencia natural, una realidad económica y en su explicación racional y lógica, un concepto económico”<sup>218</sup>. Para la realidad económica la empresa es un sistema u organización en la que se ejercitan las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado. Se concibe desde un punto de vista económico como una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar dichos bienes o servicios<sup>219</sup>. Asimismo, se trata de un *sujeto* en la medida en que es un centro autónomo de decisiones económicas, a la vez, es un objeto del tráfico económico, en donde lo que se traspa es el campo de actividad<sup>220</sup>.

Se ha querido darle una definición jurídica y unánime al concepto de empresa, y se ha caído en diversas concepciones incluso contrapuestas entre sí; lo cierto es que tampoco el derecho positivo ha regulado a la empresa de manera unitaria. De forma que hay diversos aportes que la definen como un patrimonio, un sujeto, una actividad

---

entre las veinte primeras (CTNE, RENFE, ENSIDESA, EMPETROL -surgida de la fusión de ENCASO con otras dos compañías refieras de propiedad pública-, IBERIA y ENDESA). X.T. Albert Carreras, *La gran empresa en España (1917-1974). Una primera aproximación*, en: *Revista de historia industrial*, N° 3, 1993, pp. 135-136. Ver también: Comín Comín F., *La empresa pública en la España contemporánea: formas históricas de organización y gestión (1770-1995)*, Programa de Historia económica, Fundación Empresa Pública, Madrid, 1995.

<sup>217</sup> Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 405.

<sup>218</sup> Cfr. J. I. Font Galán, *La Empresa en el derecho Mercantil*, en: G. J. Jiménez Sánchez y otros, *Derecho Mercantil*, Barcelona, Ariel Derecho, 2005, p. 57.

<sup>219</sup> Cfr. F. Sánchez Calero y J. Sánchez Calero Guilarte, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, p.97.

<sup>220</sup> Cfr. J. M., Gondra, “*La Estructura Jurídica de la Empresa (El Fenómeno de la Empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)*”, en: *Revista de Derecho Mercantil*, No. 228, abril- junio de 1998, Madrid, pp. 496 - 498.



económica del empresario, o como una organización formada por distintos elementos<sup>221</sup>.

Lo que nos interesa en este apartado es esclarecer los ámbitos de aplicación de la libertad de empresa<sup>222</sup>, en virtud de que aparece como una realidad híbrida de sujeto – objeto; y que como derecho subjetivo, no puede tratarse del mismo ámbito de aplicación, la empresa como tal debe tener las condiciones objetivas o subjetivas pero no ambas al mismo tiempo. Asimismo, nos atañe establecer la titularidad del sujeto de la libertad de empresa, bajo sus diversas modalidades.

La libertad de empresa que reconoce el artículo 38 CE es ésta libertad como especie y ninguna otra dentro del género de actividades y libertades económicas.

Es por tanto, una actividad económica organizada y dirigida a la producción de bienes y servicios destinados a ser dispuestos en el mercado, basándonos en esta definición es posible identificar el sujeto y el objeto de la libertad de empresa como derecho constitucional; de manera que el sujeto activo o titular es una persona ya sea física o jurídica a quien le corresponden las facultades y obligaciones que emanan del ejercicio de dicha libertad<sup>223</sup>, y quien recibe el nombre de empresario; por su parte, el objeto es la realidad sobre la que recae el poder del titular que es la empresa, como objeto propiamente dicho e inmediato; y el mercado, que como veremos en el transcurso del análisis, es el objeto mediato hacia el cual va dirigida la actividad que ejerce el titular de la libertad de empresa<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Cfr. A.L. Antonaya Suja, y F. Peña Álvarez, *Derecho privado y público y economía de empresa*, (vol. I y II), Centro de Estudios Príncipe, Madrid, 1979, pp. 205-208.

<sup>222</sup> En España el Art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la empresa como un ámbito de organización y dirección en el que confluyen normalmente múltiples relaciones y prestaciones de trabajo. Estatuto de los Trabajadores, enmendado por la ley número 11/1994, de 19 de mayo de 1994.

<sup>223</sup> Dicho ejercicio, como se ha reseñado, debe ser en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con el Tribunal Constitucional español, como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica". STC 208/1999, F.J. 3 de 11 de noviembre.

<sup>224</sup> Cfr. A. Cidoncha, "*La Libertad...*"; ob cit. p. 219.

Por otra parte, “*empresa protegida constitucionalmente*”<sup>225</sup> sería aquella actividad que constituye un medio de vida, siendo oportuno hacer mención a lo relacionado con qué actividades es lícito ejercer relaciones económicas de tipo empresarial, ya que pese a la libertad que incluye el derecho de los particulares de elegir la actividad objeto de su empresa, no cabe dudas que ha de negarse esa protección constitucional al desarrollo de actividades prohibidas con carácter general y con claras contradicciones a los valores constitucionales al ser nocivas a la sociedad en términos genéricos.

La libertad de empresa y los demás derechos individuales que poseen la estructura de libertades, encuentran las mismas valoraciones en las que se fundamentan, es decir, la de asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales. La libertad de empresa localiza su función específica y la comparte con el resto de libertades económicas, en garantizar la independencia de los particulares, en tanto les permite “ganarse la vida” de forma autónoma respecto del Estado, de manera que los particulares ostentan la libre elección de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos, sin que el Estado pueda imponerles sus propios modos o fines vitales<sup>226</sup>.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse de dónde surgen estos límites que contiene una Constitución económica<sup>227</sup>, y de ello, se ha dicho que devienen de los derechos fundamentales<sup>228</sup>, sin embargo, es necesario hacer notar que la interpretación de éstos no requiere la base de un modelo económico concreto para su protección, por lo tanto, ostentar la calidad de derecho fundamental no puede ser el único motivo que revista de una necesaria limitación al derecho a la libertad de empresa. En los siguientes apartados analizaremos la cuestión de los límites impuestos por el derecho en cuestión a la legislación y a la actuación económica del Estado.

---

<sup>225</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, “*Un Ensayo...*”, ob. cit., p. 8.

<sup>226</sup> C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, “*Un Ensayo...*”, ob. cit., p. 4.

<sup>227</sup> Al respecto del concepto de “*Constitución económica*”, quiero referirme al conjunto de disposiciones constitucionales relativas a lo económico, y no a un significado confuso entre los sentidos prescriptivos y descriptivos de la “*Constitución económica*” que se plantean en: A. Cidoncha, *La Libertad de Empresa*, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 2006, pp. 75-82.

<sup>228</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, *Ibíd.*, p. 45.

## 1.4. TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Todo derecho constitucional garantiza su disponibilidad al titular del mismo. Al mismo tiempo que es elevado a rango constitucional y dota de la eficacia jurídica propia de este rango. Otorgando de esa manera, una especie de “*inmunidad*” frente al poder público, bien mediante un permiso para hacer algo o bien a través de una prohibición<sup>229</sup>.

El titular de la libertad de empresa es el *empresario*<sup>230</sup> que puede encontrarse dentro de una de las clasificaciones de empresarios individuales o sociales; y es quien organiza la empresa, ejerce las funciones de autoridad sobre quienes trabajan en ella, asume los riesgos propios que la actividad empresarial implica. Como veremos a continuación, la función del empresario es en síntesis, organizar los elementos pertenecientes a la actividad económica de *la empresa*, tendientes a la producción de bienes o servicios para el mercado<sup>231</sup>; en cuanto es un sujeto activo de la libertad de empresa, asimismo, es válido hacer un estudio sobre el sujeto pasivo o el sujeto obligado por el derecho.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>229</sup> Cfr. F. J. Bastida Freijedo, y otros, “*Teoría General de los Derechos...*” ob. cit., p. 103.

<sup>230</sup> Aunque lo veremos más adelante y con más detalle, queremos señalar que en la doctrina alemana, respecto a los derechos del empresario, Tribunal Administrativo Federal alemán entiende que el empresario ostenta la facultad de competir con sus productos en el mercado sin interferencias de los poderes públicos, lo que forma parte, en principio, del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de profesión u oficio, consagrada en el artículo 12.1 de la Ley Fundamental de Bonn, no obstante, añade seguidamente que tal ámbito, sin embargo, debe ser *delimitado de modo inmanente* en razón de su colisión con otros derechos fundamentales o bienes y valores de rango constitucional. Por tanto, concluye el Tribunal, cuando la interferencia de los poderes públicos en la facultad del empresario de competir libremente en el mercado obedezca a la necesidad de salvaguardar o hacer efectivos otros derechos fundamentales o bienes y valores de rango constitucional que entren en conflicto con ella, no se tratará, en rigor, de una limitación *sensu strictu* de dicha facultad, sino de una mera *delimitación* previa de la extensión del ámbito de protección del derecho fundamental aparentemente afectado. Cfr. M. Bacigalupo Saggese, *La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 13, N° 38, 1993, pp. 309-310.

<sup>231</sup> STC 71/2012, F.J. 3, de 16 de abril de 2012.

### 1.4.1. SUJETO ACTIVO

Partiendo de la categoría de sujeto como *sujeto de los derechos* propia de un derecho constitucional, es válido apuntar que todos somos sujetos de la libertad de empresa, aunque no iniciemos nunca actividades empresariales. Y que una visión muy propia del derecho mercantil, sería la de tomar la calificación de *empresario*<sup>232</sup> como figura central, en cuyo caso, para acceder al ejercicio de determinadas facultades del derecho, la normativa exige unos requisitos que dan la calificación de *empresario*<sup>233</sup>.

El *empresario*<sup>234</sup>, que puede ostentar el carácter de persona física o jurídica, que por sí o por medio de representantes posee un poder de iniciativa económica, ostenta los derechos y las obligaciones que generan la actividad empresarial de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado. Conjuntamente es el titular del patrimonio con el que puede responder del cumplimiento de las deudas surgidas por el ejercicio de la actividad empresarial, ya que es él a quien se le imputan las consecuencias emanadas de dicha actividad, como sujeto de derecho, y en defensa frente a terceros<sup>235</sup>.

Además, es legítimo señalar como un valor esencial de la libertad de empresa, su carácter instrumental en relación al libre desarrollo de la personalidad, cuya libertad estaría cercana a la esfera de la autorrealización del individuo, tal y como lo señala García Vitoria, para quien la *empresa* se presenta más que nunca como una realidad

---

<sup>232</sup> Para el Tribunal Constitucional español, el ejercicio de este derecho, "como el de todos y cada uno de los derechos constitucionales (STC 6/1988, de 21 de enero), ha de ajustarse a determinadas reglas y límites cuando se ejerce en el seno de la empresa, pues ha de compatibilizarse con los derechos y obligaciones que nacen de la relación de trabajo y, en particular, con los derechos del empresario en cuanto a la dirección y organización del trabajo y sobre los locales y útiles de la empresa" ATC 869/1988, F.J. 4, de fecha 4 de julio.

<sup>233</sup> Cfr. A.L. Antonaya Suja y F. Peña Álvarez, "*Derecho privado y público...*" ob. cit., 1979, pp. 216-222.

<sup>234</sup> El Tribunal de Justicia comunitario, maneja un significado amplio de *empresario*, sinónimo de cualquier organización que desarrolle una actividad económica, que resulta idóneo para extender la eficacia de la prohibición de acuerdos colusorios o del abuso de posición de dominio. Cfr. J. M. Gondra Romero, "*La Estructura Jurídica de la Empresa (El Fenómeno de la Empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)*", en: *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, No. 228, abril- junio de 1998, p. 499.

<sup>235</sup> Cfr. F. Sánchez Calero y J. Sánchez Calero Guilarte, "*Instituciones de...*", ob. cit., p.97.

heterogénea en la que las transformaciones del sujeto activo recaen tanto en el objeto como en la naturaleza del derecho<sup>236</sup>.

Para el Derecho Mercantil, la noción de empresario, es básica, y se trata de quien ejercita en nombre propio una actividad empresarial, que es también una actividad profesional, y que además es *continuada* y no ocasional. Para el Código de Comercio<sup>237</sup> habitualidad y profesionalidad son términos sinónimos<sup>238</sup>; ya que la actividad empresarial debe ser sistematizada, no entra en la concepción de la misma un singular acto de comercio, y no puede atribuírsele al sujeto la condición de empresario en dicho caso; pero sí cuando la actividad sea cíclica o estacionaria. En definitiva, debe realizarse de manera continuada y sin interrupciones, aunque sea por una temporada determinada. En relación a la profesionalidad, tampoco se exige que un sujeto tenga una sola profesión, puede tener varias, y la actividad empresarial no tiene que ser única ni tampoco la principal de sus actividades.

No obstante, hay que tener en cuenta que aunque la libertad de empresa puede traducirse también como parte del *libre desarrollo de la personalidad*<sup>239</sup>, y que amparados por el artículo 10 CE<sup>240</sup>, los individuos pueden exigir una verdadera justificación para

---

<sup>236</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 111.

<sup>237</sup> El vigente Código de Comercio en España, en su artículo 4 establece que ostentan “capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad, y que tengan la libre disposición de sus bienes”

<sup>238</sup> El Artículo 1.1. del Código de Comercio al definir al comerciante individual, exige al mismo, una dedicación habitual a la actividad comercial, y en su artículo 14 se refiere al comerciante por su “profesión Mercantil”. Así lo entiende A. Rojo, *El empresario*, en A. Menéndez y otros; *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 42.

<sup>239</sup> Cfr. L. Arroyo Jiménez, “Libre Empresa y Títulos...”, ob. cit., p. 203.

<sup>240</sup> Se ha dicho que existe entre la libertad de empresa y la dignidad humana una estrecha relación, en la que basta con examinar la concepción del trabajo como derecho y como deber reflejada por el art. 35 CE, que acoge la idea de que una vida digna sólo puede concebirse como una vida “ganada” con el trabajo, tal como señala el art. 10 CE. de forma que la libertad económica es *lex specialis* respecto del art. 10 .1 CE. En este contexto, dado que la libertad de empresa sirve al libre desarrollo de la personalidad de los individuos en el ámbito económico, y sobre todo por la necesidad de permitir que los ciudadanos decidan libremente cómo ganarse la vida y proyectar su capacidad en la esfera comercial e industrial. Lo que para algunos autores significa que “habrá que considerar especialmente intolerables las intromisiones que tengan como efecto trasladar decisiones sobre la propia vida de los individuos al Estado”. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, ob. cit., pp. 980-981.

la no restricción de la misma, hay que tomar en cuenta que el ejercicio de este derecho se encuentra limitado en condiciones puntuales<sup>241</sup>, como cuando es inconciliable con el ejercicio de algunas funciones públicas señaladas en el artículo 14 del Código de Comercio, como jueces, magistrados y fiscales, o cuando dichos individuos sean inhabilitados por medio de una Sentencia que les declare responsables de concurso culpable, y que establece el artículo 13.2 del mismo cuerpo legal.

De igual manera, para que una persona, ya sea física o jurídica ostente la calidad de empresario, debe cumplir con ciertas regulaciones jurídicas, que lo colocan en tal posición; debe inscribirse en el Registro Mercantil, por ejemplo, mantener una contabilidad ordenada, y a la vez, seguir los procedimientos propios del rubro de la actividad empresarial<sup>242</sup> que realicen según la naturaleza de ésta, banca, inmobiliarios, etc.; como también ceñirse al régimen correspondiente según la forma en la que se ha establecido, es decir, si se trata de una sociedad, cooperativa, etc.<sup>243</sup>

En principio, cualquier persona natural, que sea mayor de edad y que sea capaz de regirse por sí misma está capacitada para desarrollar la actividad empresarial y adquirir la condición de empresario individual; asimismo, el Código de Comercio consiente a los menores ejercerla, con la ayuda de un tutor, a efectos de continuar con la actividad empresarial de sus padres o causantes, y de la misma manera, si un

---

<sup>241</sup> Esta afirmación nos lleva a la teoría del contenido mínimo de los derechos constitucionales, según la cual, si bien los derechos pueden ser limitados o restringidos por diversas causas, no cualquier límite ni restricción se ajusta a la Constitución, pues sólo son válidos aquellos límites que respeten el núcleo esencial del derecho limitado. Esta teoría fue inicialmente elaborada en Alemania con importantes desarrollos en España, por lo cual en ambas Constituciones Nacionales se les incorporó una cláusula que obliga a su utilización toda vez que sea necesaria la interpretación de un derecho fundamental. En Alemania, esta teoría de interpretación se encuentra constitucionalmente contemplada en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial".

<sup>242</sup> A propósito, de las actividades empresariales, el Tribunal Constitucional español ha declarado que, sólo la regulación general de la libertad de empresa está sujeta a reserva de ley, STC 83/1984, F.J. 3, de fecha 24 de julio, que además manifiesta: "el art. 38 (no) (...) reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden (...)"

<sup>243</sup> *Ibíd.*, p.105.

empresario incurre en alguna incapacidad para continuar, puede conservar su condición por medio de un representante legal<sup>244</sup>.

Asimismo, en el caso de las personas jurídicas, existen regulaciones en el ordenamiento, que determinan sus tipos, características y requisitos, ya que no todas las organizaciones reúnen las condiciones para ostentar la titularidad de una empresa, como es el caso de las Corporaciones Públicas o las sociedades civiles. Debemos entender que la persona jurídica no es una subjetivación de la empresa, entendida como una forma de organización, sino que es siempre “una forma de organización de una titularidad plural o colectiva de personas”<sup>245</sup>. Actualmente la actividad mercantil ha sumado importancia de los distintos tipos de sociedades<sup>246</sup> como instrumentos que forman parte de la economía de mercado, existiendo algunos para quienes el legislador exige ciertas formas societarias especiales y distintas como es el caso de los bancos y los seguros.

En este orden de ideas, cabe mencionar, que es al empresario a quien se le imputa la actividad que realiza, y por esta razón, es él quien asume frente a terceros las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial y las responde con su patrimonio. La doctrina llama a esta responsabilidad como “Principio de la Responsabilidad Patrimonial Universal” en la que responde a sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, así lo sostiene el Código Civil en el artículo 1911, tanto los empresarios individuales, como las personas jurídicas<sup>247</sup>.

Como ya se ha dicho, el artículo 38 CE se refiere a la libre iniciativa económica privada, tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional español, cuando manifiesta que los titulares del derecho fundamental son las “empresas privadas” y bajo esa misma idea, el mismo Tribunal ha declarado que las empresas privadas son sólo

---

<sup>244</sup> Cfr. Á. Rojo, *El empresario*, en A. Menéndez y otros; *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 42

<sup>245</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob. cit., p. 221.

<sup>246</sup> Cfr. R. Uría, *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 164.

<sup>247</sup> F. Sánchez Calero y J. Sánchez Calero Guilarte, “*Instituciones de...*”, ob. cit., p.117.

aquellas organizaciones con “una finalidad de lucro”<sup>248</sup>, con lo que se puede entender que deja fuera a las sociedades cooperativas y a las fundaciones, a quienes la Constitución les confiere un régimen especial. Sin embargo, en la legislación de desarrollo, a éstas se les ha reconocido la titularidad de la libertad de empresa, ya sea como actividades empresariales o actividades económicas<sup>249</sup>.

Para esta obra no es importante desarrollar el tema de la finalidad de lucro<sup>250</sup> o no en las organizaciones que desarrollan la actividad empresarial, lo que importa a nuestro estudio, es el carácter individual o colectivo que tiene la persona jurídica que ejerce la actividad empresarial y que ésta sea una empresa privada protegida por el artículo 38 CE.

Por tanto, podemos afirmar que es posible realizar una diferenciación dentro de las distintas situaciones contenidas en la libertad de empresa que dan origen a una diversidad de posibilidades para ostentar la titularidad del derecho, en donde cada una reclama un nivel de protección de la libertad en cuestión acorde con las distintas características de las diferentes formas de ejercicio de la actividad empresarial<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> STC 49/1988, FJ.12, de fecha 22 de marzo.

<sup>249</sup> En la STC 49/1988, el voto en contra del Magistrado Díez Picazo, es claro al manifestar que: “el artículo 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualesquiera que sean las características de ésta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. En definitiva, se trata de que existan agentes económicos de carácter privado.

<sup>250</sup> A esta afirmación podemos agregar que el hecho de considerar, en efecto, del distinto ánimo que mueve al empresario particular, es decir, el lucro, y a una instancia pública, el interés público, podría conducir a establecer diferencias de régimen entre ambos tipos de iniciativas económicas. Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, p. 138.

<sup>251</sup> Como ya hemos mencionado, ejercer una actividad empresarial, sería llevar a cabo cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado. Y en ese sentido, la STC 71/2008, de 26 de febrero, se pronuncia sobre el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y el derecho a hacerlo en libre competencia. Asimismo, se ha afirmado que no es prescindible que la actividad esté regida por el ánimo de lucro subjetivo o meramente objetivo. Cfr. A. Cidoncha, *La Libertad de Empresa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 254-255. En definitiva, que se trate de una actividad habitual con libre desarrollo de la actividad empresarial. No obstante, el contenido del derecho no sólo cubre el momento inicial, sino que se extiende "al ejercicio de la actividad y a la permanencia de la empresa en el mercado", de forma que el contenido del derecho tutela más allá de la facultad de crear empresas, sino que sus efectos deben extenderse al posterior ejercicio de la actividad empresarial. "La libertad de empresa, en



Muy distinto es el caso de las empresas públicas, en las que el Estado interviene como un actor en la economía y no como un organizador o planificador, como lo es en el caso de las empresas privadas creadas por los particulares. El artículo 128 CE<sup>252</sup> reconoce la posibilidad a los poderes públicos de ser empresarios también, como veremos enseguida.

#### 1.4.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS EXTRANJEROS

Dentro de los titulares al derecho de la libertad de empresa se encuentra la cuestión de los extranjeros, el Tribunal Constitucional Español, ha dicho que existen derechos fundamentales que corresponden tanto a españoles como extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, ello en virtud de su vínculo a la dignidad humana<sup>253</sup>; sin embargo, el citado Tribunal no ha dado una enumeración exhaustiva de cuáles son estos derechos; naturalmente, en el transcurso de los últimos años del anterior, y del presente siglo, se ha podido apreciar un importante impulso de las grandes compañías que no sólo logran un asentamiento sólido en sus países de origen, sino que además se han incorporado en otros mercados, alcanzando una

---

consecuencia, no es sólo una libertad para emprender, sino que aspira a integrar los distintos aspectos de la vida de la empresa". Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38, en: Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, pp. 980 y ss.

<sup>252</sup> Este reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, es una valoración de la legitimidad constitucional de las actuaciones económicas de los poderes públicos, en definitiva, se trata de "habilitaciones", que autorizan ciertos tipos de intervención, directa como los previstos en el art. 128.2 CE, iniciativa económica, reserva al sector público e intervención de empresas, y en el art. 131.1 CE en el caso de la planificación, o bien de modo indirecto e implícito, como resultado de ciertos mandatos finalistas, especialmente bajo la forma de derechos económicos y sociales y de principios rectores de la política social y económica (básicamente contenidos en el Capítulo III del Título I, pero también en los arts. 9.2, 27.5, 31.2, 38 9.2, 27.5, 31.2, 38, 129.1 y 2, 130, 138), que, al orientar la acción pública en determinados sentidos, están igualmente, y quizá éste sea su valor jurídico fundamental, habilitando a los poderes públicos para que actúen en su persecución. Cfr. E. Alberti Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*", ob. cit., p. 128.

<sup>253</sup> STC 107/1984, FJ.3, de fecha 23 de noviembre de 1984.

estabilidad en otros países y prácticamente dominando a los mismos, en el caso de los países en vías de desarrollo que son el escenario de actuación comercial de las grandes empresas como las multinacionales<sup>254</sup>.

Por esa razón se dice que se estará sujeto a lo que expresamente establezcan los tratados o las leyes a este respecto. Asimismo, existe un grupo de extranjeros, los comunitarios, a quienes el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea les equipara con los españoles en la titularidad y el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, como lo veremos enseguida.

El precepto constitucional decisivo para poder determinar la titularidad de los extranjeros sobre los derechos fundamentales es el artículo 13 CE<sup>255</sup>, esto en virtud de que el Tribunal Constitucional ha declarado que los preceptos constitucionales que proclaman un derecho en particular y que se refieren sólo a los españoles, no son suficientes para excluir a los extranjeros del goce de los mismos<sup>256</sup>.

El relacionado artículo 13 CE, en su inciso primero hace mención a las “libertades públicas”, expresión que ha de ser tomada en un sentido amplio y no restrictivo, es decir, abarcando a todos los derechos y libertades del Título I de la Constitución, tal como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional, al decir: “los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, aunque, en cuanto a su contenido, todos ellos, sin excepción, son derechos de configuración legal”<sup>257</sup>; el legislador ha confirmado tal premisa en el

---

<sup>254</sup> Cfr. A.L. Antonaya Suja, y F. Peña Álvarez, “Derecho privado y público...” ob. cit., pp. 224-225.

<sup>255</sup> Establecido de tal manera, por la Declaración de 1 de junio de 1992: el artículo 13 CE, “es el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los extranjeros”.

<sup>256</sup> Se sabe que en lo referente a la libertad de propiedad y a la libertad general de actuación, también los extranjeros gozan de la protección de estos derechos fundamentales. Cfr. F. Ossenbühl, *Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 11, N° 32, 1991, p. 12.

<sup>257</sup> STC 107/1984, FJ.3, de fecha 23 de noviembre de 1984.

artículo 3.5 de la Ley de Extranjería disponiendo que “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución”<sup>258</sup>.

Cabe hacer notar que el referido Título I contiene derechos fundamentales en su capítulo II y principios rectores en el capítulo III, estos últimos dependen de las leyes que los desarrollen para ostentar la calidad de derechos subjetivos, incluso para los mismos españoles, así lo dispone el artículo 53.3 CE; de tal manera que es el legislador quien decide convertir a dichos principios en derechos subjetivos y si la garantía del ejercicio de los mismos se extiende o no a los extranjeros<sup>259</sup>.

El Tribunal constitucional parece haber establecido que en cuanto a los derechos fundamentales existen los que corresponden tanto a españoles como a extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, en virtud de su vínculo con la dignidad humana<sup>260</sup>, y como se dijo al principio de este apartado, el mismo Tribunal no ha brindado una enumeración, pero si se ha pronunciado diciendo que si en los Tratados Internacionales ratificados por España se reconoce un derecho constitucional a toda persona sin distinción a su nacionalidad, se debe interpretar que se ha de extender a los extranjeros<sup>261</sup>.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta que no es posible que el criterio para valorar a un derecho fundamental en esta categoría de – extensibles a los extranjeros – no es suficiente, ya que, de manera general, todos los derechos fundamentales están vinculados por la dignidad humana. Por tanto, es más coherente depositar en manos

---

<sup>258</sup> Ley Orgánica 4/2000. Artículo modificado por Ley Orgánica 8/2001.

<sup>259</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob. cit., p. 226.

<sup>260</sup> Los derechos y libertades inherentes a la persona humana, serían aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros.

<sup>261</sup> Queremos agregar que, en los últimos años, países como Italia y España, han visto un aumento relevante de trabajadores y al mismo tiempo inversores extranjeros, con un peso porcentual aún inferior al existente en otros países de la UE, pero con un tipo de crecimiento que plantea serios problemas de integración y de aceptación social. Una situación en Italia parecida a la de España, donde también se ha asistido en la última década a una verdadera explosión de los flujos migratorios de entrada. En Italia, en términos globales, la funcionalidad de los servicios para el empleo resulta inadecuada. Cfr. F. Galiardi, *Políticas anticrisis y paro: una comparación entre Italia y España*, en: *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº. 73, 2010 (Ejemplar dedicado a: Nueva política de transporte para el siglo XXI. La respuesta al reto de la sostenibilidad), pp. 262-263.

del legislador la decisión de considerarlos o no como tales; cuando esto ocurre, cuando el legislador, reconoce un derecho fundamental en los Tratados o en las Leyes, para que su ejercicio se atribuya a los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha declarado que el legislador “puede establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros”<sup>262</sup>, de manera que no puede lesionar el contenido esencial de dichos derechos, que es igual tanto para los españoles como para los extranjeros<sup>263</sup>.

Por su parte, la libertad de empresa es un derecho que depende del desarrollo que de él hagan los tratados y las leyes para poder ser ejercido por los extranjeros. Así lo observa Díez-Picazo, quien afirma que los titulares de la libertad de empresa “son sólo los españoles y las personas jurídicas legalmente establecidas en España” y de una manera análoga a lo que ocurre con el derecho al trabajo “se trata de un derecho fundamental tradicionalmente negado a los extranjeros, probablemente como consecuencia de la creencia errónea en que la riqueza es limitada”<sup>264</sup>.

La vigente Ley de Extranjería<sup>265</sup> establece en sus artículos 36 y 37, que las personas físicas mayores de 16 años y que deseen desarrollar una actividad de tipo económica, deberán adquirir un permiso de residencia y otro de trabajo y cumplir los requisitos exigidos a los españoles, para poder llevar a cabo dicha actividad<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> STC 115/87 F. J.2 y 3, de fecha 7 de julio de 1987.

<sup>263</sup> Es necesario hacer notar, que generalmente la opinión del TJCE sobre las controversias que resultan de la validez de estos derechos y libertades para nacionales o extranjeros, es que “*tales derechos no constituyen prerrogativas absolutas*, ya que, las normas del Estado miembro de acogida relativas a la entrada, estancia y establecimiento de extranjeros pueden limitar su ejercicio”. Como consecuencia, ha de afirmarse que pese a las similitudes existentes entre el art. 43 CE, aplicable a los nacionales de los Estados miembros, y los preceptos insertos en los Acuerdos Europeos el alcance de uno y otro es diferente, no pudiendo extender a estos últimos la jurisprudencia habida en torno al primero. Desde el asunto Demirel, de 3 de septiembre de 1987, gestado en el marco del Acuerdo de Asociación con Turquía, el TJCE dejó clara su posición en este sentido: “la extensión de la interpretación de una disposición del Tratado CE a una existente en un acuerdo internacional concluido entre la CE y un país tercero, redactada en términos comparables, similares o incluso idénticos, depende necesariamente de la finalidad perseguida por cada una de dichas disposiciones en su propio marco”.

<sup>264</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 455.

<sup>265</sup> Ley Orgánica 04, de 2000, de Derechos y libertades de los extranjeros.

<sup>266</sup> De forma que se deberá respetar, el artículo 13 CE y las obligaciones contraídas por España en el plano internacional, entre las que figura, la aceptación como propio del derecho comunitario europeo,

De igual forma, en cuanto a las personas jurídicas, se debe estar a lo dispuesto por los tratados y las leyes para saber si gozan o no de libertad de establecimiento en España; por su parte, el artículo 15 del Código de comercio dispone esta sujeción a dichos cuerpos normativos, pero al mismo tiempo reconoce a los extranjeros la posibilidad de extenderles la titularidad de la libertad de empresa<sup>267</sup>.

En este orden de ideas, encontramos a un grupo de extranjeros, los comunitarios, a quienes se les equipará con los españoles en el ejercicio y en la titularidad de la libertad de empresa, en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ratificado por España, cuyo capítulo 2 del Tercer Título, reconoce el Derecho de Establecimiento, que será objeto de estudio en el próximo capítulo de este trabajo.

Particularmente, llama la atención el artículo 49 de del TFUE, que establece que “la libertad de empresa corresponde plenamente a los ciudadanos de la Unión Europea, no sólo porque no son extranjeros en sentido propio, sino, sobre todo, porque la libertad de prestación de servicios y de establecimiento es uno de los fundamentos del mercado único”<sup>268</sup>.

No obstante, cabe mencionar en este apartado, que los titulares de la libertad de establecimiento serán las personas físicas nacionales de un Estado miembro y las jurídicas que contengan las condiciones establecidas en el artículo 54 TCE, es decir, “las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado

---

muy amplio y significativo en esta materia de extranjería. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 14, 1993, p. 55.

<sup>267</sup> Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias. Artículo 15, en vigor desde el día 1 de noviembre de 1996, del Código de Comercio, publicado por el Real decreto de 22 de agosto de 1885.

<sup>268</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de fecha 30 de marzo de 2010.

miembro, y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal, se encuentre dentro de la Comunidad"; ahora bien, para el caso, se entiende por sociedades las civiles o mercantiles e incluso las sociedades cooperativas y demás personas jurídicas de derecho público o privado, pero rechaza a aquellas que carecen de un fin lucrativo.

De manera que el legislador es quien decide equiparar o no a los extranjeros comunitarios con los españoles<sup>269</sup>, en el caso de las sociedades privadas que se crean para fines de interés general, que en España, es el caso de las fundaciones, recogidas en el artículo 34 CE y que quedan excluidas de la libertad de establecimiento<sup>270</sup>.

Cabe hacer notar, como lo hace Correa Henao, que si la norma constitucional establece una plena configuración infra constitucional, más allá de lo establecido en el artículo 13 CE<sup>271</sup>, anticipa al mismo tiempo, no sólo el contenido de los derechos constitucionales reconocidos a los extranjeros, sino que además anticipa cuáles son y cuáles serán las necesidades tanto económicas como sociales, de política exterior y de

---

<sup>269</sup> En referencia a esta decisión de "equiparar", al momento de la fundación de la Organización Internacional del Trabajo, la OIT en 1919, ésta aportó un principio de respuesta a la cuestión, por lo menos desde un punto de vista político, ya que en el preámbulo de su Constitución se proclama lo siguiente: "Si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países". Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, tercer párrafo del preámbulo, cit. por: C. Doumbia-Henry y E. Gravel, *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 125, N° 3, 2006, p. 208.

<sup>270</sup> Según la Ley de fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, en su art. 22 "Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales", por lo que se ha entendido que se incluyen las cajas generales de ahorro, constituidas jurídicamente como fundaciones de interés público. Según la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

<sup>271</sup> El Artículo 13 de la Constitución española de 1978, establece los Derechos de los extranjeros en cuatro incisos: 1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

política comunitaria, más las tendencias y convicciones de las corrientes políticas en el poder<sup>272</sup>, de las que dispondrán los extranjeros.

### 1.4.3. SUJETO PASIVO

También se reconoce dentro de la norma que regula un derecho fundamental, un sujeto pasivo u obligado por el mismo derecho. En un sentido genérico se trata de que los particulares gocen de una protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales; asimismo, el reconocimiento a tales derechos implica consecuencias diferentes para poderes públicos y particulares.

La doctrina maneja el término de la eficacia horizontal, que se tiene en el caso de los particulares<sup>273</sup>, todos los sujetos privados, en relación a su obligación de respeto frente a los derechos fundamentales<sup>274</sup>, para el caso que nos ocupa, se trata de otros empresarios, al competir<sup>275</sup> en el mercado de bienes y servicios, o frente a los trabajadores y frente a los consumidores. Pero al mismo tiempo, el derecho fundamental implica consecuencias que son distintas respecto de los poderes

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>272</sup> Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 391.

<sup>273</sup> Estas relaciones entre particulares que ostentan el derecho a la libertad de empresa, y que por consiguiente desarrollan actividades de tipo económicas para ejercer este derecho, son una evidencia del claro comportamiento de dichas actividades en el mercado, bajo las reglas de la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica. SSTC 1/1982, de fecha 28 de enero y STC 208/1999, fecha de 11 de noviembre.

<sup>274</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 511.

<sup>275</sup> Como tendremos oportunidad de profundizar en la tercera parte de nuestra tesis, éste comportamiento de "competir entre particulares" en claramente el fin de la regulación de la Competencia desleal, que señala en su artículo 3, referido al ámbito subjetivo, que: "La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal". Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

públicos, o la eficacia vertical, en el cumplimiento de la obligación de respeto hacia el titular del derecho.

El artículo 53.1 CE establece el carácter obligatorio del contenido de los derechos fundamentales para los poderes públicos, reflejando la denominada eficacia vertical de los derechos fundamentales, y en general, el artículo 9.1 CE declara que a las normas constitucionales de derechos fundamentales están sujetos todos: ciudadanos y poderes públicos.

Se trata de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), así como los de eficacia horizontal, validez de los derechos fundamentales “en el derecho privado” (*Geltung der Grundrechte “im Privatrecht”*), eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas (*im Privatrechtsverhältnis*), en el “tráfico jurídico privado” o “de derecho privado” (*privatrechtliche Verkehr*) o, también, “en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado” (*in den Beziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander*)<sup>276</sup>.

Sobre dichas eficacias frente a terceros, existen dos posturas discrepantes de los derechos fundamentales, la tesis de la eficacia inmediata, entre los particulares, de la cual se entiende que los derechos fundamentales son aplicables de manera inmediata, esto significa, sin intervención o intermediación legal, y está referida a los derechos de libertad; la otra tesis, de la eficacia mediata, que está orientada a defender que los derechos fundamentales son eficaces en las relaciones entre particulares, en virtud de la dimensión objetiva de los derechos, de esto se deriva un mandato de protección a los derechos fundamentales, obligando en primer lugar al legislador y en segundo lugar, a los jueces, encargados de hacer efectiva la protección del derecho fundamental al aplicar e interpretar las leyes<sup>277</sup>.

En consecuencia, podemos decir que al tratarse la libertad de empresa de un derecho sujeto al desarrollo del mismo por el legislador, y al mismo tiempo, que se ejerce,

---

<sup>276</sup> Cfr. G. Jellinek, *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2000, p. 40 y ss.

<sup>277</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob. cit., p. 450.



dada su naturaleza, entre particulares<sup>278</sup>, es sin duda oponible tanto a los poderes públicos, encargados de garantizarlo en la aplicación e interpretación de las leyes que lo desarrollan, como a los particulares que deben respetar las facultades que el titular del derecho a la libertad de empresa ostenta en virtud de encontrarse protegido por el artículo 38 CE<sup>279</sup>.

Asimismo, y de manera muy particular en el caso de la Libertad de empresa que hoy analizamos, la doctrina y la jurisprudencia constitucional y civil alemanas, han establecido que dicho *Drittwirkung de derechos fundamentales*<sup>280</sup>, es la vigencia de los derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado, y tal como lo analizábamos, el derecho que hoy es nuestro objeto de estudio, pertenece a una categoría de derechos entre particulares<sup>281</sup>, que incluye a las personas jurídicas.

Dichas ideas son muy relevantes para el caso que hoy nos ocupa, ya que precisamente de su interpretación es de donde nacen las diversas soluciones y tratamientos que pueden otorgárseles a cada caso concreto en los problemas o controversias que se suscitan en virtud de la aplicación de las normas que contienen los parámetros de actuación que dirigen las actividades económicas por parte de los

Universitat d'Alacant

---

<sup>278</sup> En un sector abierto a la libre competencia, como la libertad de empresa en el mercado que estudiamos, los poderes públicos no pueden regular la actividad de los particulares de cualquier forma que se traduzca en condiciones de competencia más onerosas para los particulares que para la empresa u organismo público. Por otro lado, y como ya se ha señalado, cuando el Estado compite con los particulares que ejercitan un derecho fundamental, no estamos ante un conflicto entre derechos fundamentales. Estamos ante una injerencia del Estado en un derecho fundamental de los particulares. De modo que la injerencia en el derecho fundamental de los particulares obliga al Estado a justificar que el desarrollo por el Estado de la actividad económica es necesaria, adecuada y proporcional para la consecución de fines determinados de interés general. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, en: *Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 989.

<sup>279</sup> Entre esas facultades, encontramos el derecho de los particulares a elegir la actividad que deseen como objeto de su empresa. *Ibidem*, p. 982.

<sup>280</sup> Véase: I. von Münch, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 25-33.

<sup>281</sup> Dado que el Estado no persigue la "realización práctica de un concepto de justicia sustantivo" y ajeno a los destinatarios de la normas, sino que tales fines consisten en servir a los particulares para que éstos puedan desarrollar libremente su personalidad sin imponerles fine concretos facilitando la realización de intercambios entre particulares y además puede argumentarse, que los objetivos de los particulares consisten, en general en maximizar la utilidad que extraen de sus intercambios. J. Alfaro Águila-Real, "*Imperialismo económico y...*", *ob. cit.*, p. 970.

particulares, el primero de ellos, es decir el Tribunal Constitucional mantiene la integridad del principio de constitucionalidad<sup>282</sup> que ostentan dichas normas, mientras que el legislador se rige por principios de pluralismo político y de Estado democrático<sup>283</sup>, dando a las normas el desarrollo político económico que considere más acertado en cada caso, siempre y cuando mantenga la condición de armonía con la Constitución, o en palabras de García Pelayo: “El Estado de nuestro tiempo, es un Estado de partidos, de organizaciones sindicales y empresariales; un Estado en cuyas decisiones toman parte de las organizaciones sociales afectadas.”<sup>284</sup>

Alexy propone un modelo de tres niveles para resolver el problema. Partiendo de la dogmática de que la Constitución vincula también en las relaciones jurídico privadas, entre ciudadanos. Proponiendo tres niveles que estarían conformados de este modo: deberes del Estado, derechos frente al Estado y relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. El deber del Estado se configura debido a que las normas que enuncian derechos fundamentales en cuanto principios u “orden objetivo de valores” rigen para todos los ámbitos del derecho de forma tal que “el Estado está obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislación como en la jurisprudencia. Se trataría de un derecho “que exige que los principios iusfundamentales sean tenidos en cuenta ‘en la debida medida’ o, si se prefiere, un derecho a que se tomen en cuenta en la debida medida los principios iusfundamentales que apoyan su posición.

Finalmente, se dará el nivel correspondiente a los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, la misma “que

---

<sup>282</sup> Dicho Tribunal ha manifestado que el principio de constitucionalidad, "entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. En este punto, es suficiente, en lo que ahora importa, el recordar lo que dicen los arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución Española. La invalidación de los actos conculcadores de los derechos y libertades de los artículos 14 al 29 y 30.2, el reconocimiento de estos derechos de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, y el restablecimiento del agraviado en la integridad de su derecho o libertad, son contenidos posibles y, desde luego, obligados si hubiere derecho a ello..." STC 1/1981, F.J. 2, de fecha 26 de enero de 1981.

<sup>283</sup> Se debe señalar que la colisión que existe entre principio democrático y principio de constitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales, es una cuestión que requiere de la separación total entre criterios jurídicos y criterios políticos de decisión.

<sup>284</sup> Cfr. M. García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: “El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española”*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 1657.

consiste en que, por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano-ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían.” Así, “los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativos a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían. Este es un efecto inmediato en terceros<sup>285</sup>.

## 1.5. EL OBJETO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: LA EMPRESA

El objeto de un derecho es aquello que “garantiza todo derecho fundamental en un ámbito de plena inmunidad frente a la coacción del Estado o de terceros”<sup>286</sup> con el propósito de asegurar al individuo o a los colectivos en los que se integre, una determinada expectativa de conducta.

El objeto de la libertad de empresa es *la empresa*<sup>287</sup>, y podríamos definirla como un *objeto de tráfico económico*, es decir, una organización con valiosos bienes económicos de inversión, que se venden, se arriendan o se heredan.

De manera que la empresa, como una organización activa con valores inmateriales, que están asociados al campo de actividad que ejerce la misma<sup>288</sup>. Del mismo modo,

---

<sup>285</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 511 – 521.

<sup>286</sup> STC 166/1996 FJ.2, de fecha 28 de octubre de 1996, sobre lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en tanto que “reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales”

<sup>287</sup> Recordemos que no se trata de la protección de cualquier empresa, ya que en "el art. 38 (no) se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden". STC 83/1984, F.J. 1, de fecha 24 de julio de 1984.

<sup>288</sup> Cfr. J. M., Gondra, “*La Estructura Jurídica de la Empresa (El Fenómeno de la Empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)*”, en: Revista de Derecho Mercantil, No. 228, abril- junio de 1998, Madrid, pp. 496 - 498.

el titular de la empresa, es en realidad el titular de una *actividad económica*<sup>289</sup>, que a la vez representa la condición de *profesión*, como un medio de vida para el empresario.

Podemos decir que la empresa debe ser aquella actividad económica protegida por la libertad de empresa que ampara el artículo 38 CE y que reúne en primer lugar, la condición de ser organizada, la actividad que desarrolle deberá ser de orden económico, planificada, profesional, es decir, sistematizada y continuada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes y servicios<sup>290</sup>.

Recordemos que la empresa se constituye sobre la base de la propiedad y libertad económica, el titular pone en riesgo su patrimonio con el fin de llevar a cabo un proyecto o idea comercial o industrial, la cual requiere de mano de obra, materias primas, servicios, etc., pero sobre todo, recordemos que requiere libertad, para poder producir, organizarse, ofertar sus bienes o sus servicios, etc.<sup>291</sup>, y de todo cuanto

---

<sup>289</sup> Para el Tribunal Constitucional de España, "El empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría, en casos como el que se enjuicia, favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si se admitiera que éstas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos. El entendimiento sostenido por la resolución recurrida desenfoca, pues, la realidad del conflicto laboral, sus protagonistas y sus efectos, pues no son los mandos intermedios los sujetos comprometidos en el conflicto sino quienes son parte en la contratación laboral". STC 33/2011, F.J. 6, de fecha 28 de marzo de 2011.

<sup>290</sup> Cfr. R. Uría, *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 33.

<sup>291</sup> No obstante, debemos recordar tal y como ha señalada el Tribunal Constitucional referido, "que la libertad de empresa no es un derecho absoluto e incondicionado, que impida una regulación de los establecimientos comerciales que salvaguarde las necesidades del urbanismo y de los consumidores, por lo que no es casual que el propio art. 38 de la Constitución determine que los poderes públicos protegerán el ejercicio de la libertad de empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación." STC 227/1993, F.J. 1, de fecha 9 de julio de 1993.

necesite en función de cumplir con sus objetivos y adaptarse a su entorno: a la sociedad, y a las necesidades y preferencias de los ciudadanos<sup>292</sup>.

Asimismo, la empresa como tal, se encuentra estrechamente ligada a otros intereses jurídicamente protegidos y que representan grandes retos en el desarrollo óptimo de un Estado, como los derechos de los trabajadores<sup>293</sup>, ya que puede llegarse a entender a las fuerzas de trabajo<sup>294</sup> como simples mercancías, desprotegidas<sup>295</sup>, sin un control en el sistema de contrataciones, pagos, control de despidos, y escasas prestaciones laborales, por ejemplo, así como también el tema de la protección del medio ambiente, por parte de las empresas al momento de la producción de bienes, para que éstos se realicen de tal forma que no provoquen controversias de tipo ambiental y al mismo tiempo la vulnerabilidad del derecho de protección de la salud.

Estos derechos engloban límites al ejercicio de la libertad de empresa, como analizaremos en el siguiente capítulo, y que deben ser tratados de manera especial y tomados en cuenta por los poderes públicos y sobre todo por el legislador, tomando

---

<sup>292</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p.26.

<sup>293</sup> Entre los derechos de los trabajadores, encontramos la libertad sindical, de la que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como expresión de la acción sindical, "el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. En definitiva, constituye un "elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical". STC 94/1995, F.J. 3, de fecha 19 de junio de 1995.

<sup>294</sup> No es posible perder de vista que "fuerza de trabajo" no es un bien objetivado y ajeno a la persona del trabajador., que éste pueda ceder como si se tratase de algo separable de mismo, y cuya cesión no le involucrara personalmente, Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 112.

<sup>295</sup> La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2003, manifiesta una doctrina inclinada a la ampliación de las garantías de los trabajadores en la transmisión de empresas. El Tribunal referido, ha definido al trabajador por cuenta ajena con criterio abierto y flexible; considera como tal a la persona que realiza a favor de otra y bajo su dirección el trabajo que se le ha encomendado, percibiendo a cambio una retribución, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo; Sentencia de 3-7-1986. Por tanto, entendemos que el cambio de titularidad implica: tanto la conservación del derecho de los trabajadores, como la permanencia de las relaciones laborales y de Seguridad Social, incluidos los compromisos por pensiones. Cfr. M. Iglesias Cabero, *Nuevas variantes en el fenómeno de la sucesión empresarial. Directivas comunitarias y artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*, en: Revista jurídica de Castilla y León, N°. 3, 2004, p. 253.

en cuenta, que sin importar cuán amplia sean las facultades de los titulares de las actividades de tipo empresarial, este ejercicio no puede verse de manera distinta que la sumisión del derecho a la libertad de empresa al interés general, sobre todo en la subordinación de la riqueza y en los intereses colectivos presentes en la tutela de tipo ambiental, que tendremos oportunidad de analizar más detenidamente en la segunda parte de nuestra tesis.

## 1.6. LA EMPRESA COMO UN RESULTADO DE LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA Y LOS PODERES PUBLICOS

A la fecha no ha sido alcanzada una definición jurídica unitaria y unánime en la doctrina sobre la noción de *empresa*<sup>296</sup>, y siguiendo con la enumeración que Font Galán realiza de las diversas tesis que intentan proporcionar un concepto unitario, podemos distinguir: una teoría *subjetivista*, que dota a la empresa de un elemento jurídico subjetivado y distinto del empresario; una teoría *patrimonialista*, cuya concepción de la empresa es otorgarle la calidad de patrimonio en conexión a una actividad o fin empresarial; la teoría *dinámica o funcional*, que establece a la empresa como actividad económica del empresario y distinguiendo al empresario como sujeto jurídico, a la empresa como actividad económica y al establecimiento como conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la actividad; y finalmente, la teoría *espiritualista u organicista* que define a la empresa como organización, como unidad formada no solo por elementos personales y patrimoniales, sino también por

---

<sup>296</sup> En palabras de García Vitoria: "La definición del concepto de empresa nos remite a un problema de gran complejidad, que la jurisprudencia comunitaria no ha necesitado abordar hasta el momento en el ámbito de los derechos fundamentales". Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p.9.

elementos inmateriales, como la función creadora, directora y organizadora del empresario<sup>297</sup>.

Como ya lo hemos mencionado, se sostiene que la empresa es una realidad económica, y por tanto es también un concepto económico<sup>298</sup>, en todo caso, la empresa es una organización de medios o recursos tanto personales como materiales, encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto<sup>299</sup>. También se reconoce como una organización económica con elementos productivos encaminada a la producción de bienes y servicios<sup>300</sup>.

Por tanto, es posible afirmar que se trata de un *centro autónomo de decisiones*<sup>301</sup>, porque no es una simple organización técnica o funcional, o simplemente una unidad de producción que se encuentre subordinada a objetivos económicos estipulados desde una instancia superior. No obstante, es al mismo tiempo un objeto en el comercio económico, al ser transmitida una empresa, se pretende realizar el traspaso de una organización activa, es decir, de un *campo de actividad*<sup>302</sup>, cuyo espacio puede incluir de manera accesoria la organización, como medio para explotar la actividad económica que desarrolla.

Aunque no existe una definición generalmente aceptada del concepto de *empresa*, en la Sentencia 49/1988 del Tribunal Constitucional español, destaca el voto particular de Díez-Picazo, que expresa una terminante oposición a la idea de considerar la introducción del *ánimo de lucro* como elemento esencial de la noción de empresa<sup>303</sup>.

---

<sup>297</sup> Cfr. J. I. Font Galán, *La Empresa en el derecho Mercantil*, en: G. J. Jiménez Sánchez y otros, *Derecho Mercantil*, Ariel Derecho, Barcelona, 2005. pp. 56-58.

<sup>298</sup> *Ibidem.*, p. 132.

<sup>299</sup> STS 14272/1987, de fecha 9 de julio de 1987.

<sup>300</sup> STS de fecha 26 enero de 1988, RJ 1988\56.

<sup>301</sup> Cfr. J. M., Gondra, “*La Estructura Jurídica...*”, *ob. cit.*, pp. 496 - 498.

<sup>302</sup> *Ibidem.*, p. 498.

<sup>303</sup> STC 49/1988, voto particular del Magistrado L. Díez-Picazo: “toda organización estable de capital y trabajo, que ejercita habitual y profesionalmente actividades de carácter económico, en una economía de mercado”.

En resumen, la libertad de empresa que hoy nos ocupa como objeto de análisis, es una libertad de actividad económica organizada que funciona produciendo bienes y servicios para el mercado y en él. Donde el titular será siempre o individuo, una persona física o jurídica, que ostenta las facultades que le permiten ejercer el derecho de libertad, y que constituyen el contenido del derecho; dicha persona será siempre un empresario, cuyo derecho objeto del que es el titular, es la empresa, entendida como una actividad económica organizada con un objetivo determinado y encaminado a la producción de bienes y servicios para el mercado<sup>304</sup>.

Como ya hemos visto, la Constitución española reconoce que el Estado protege la libre iniciativa económica<sup>305</sup> como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, basados en el artículo 10 CE y la libre elección de profesión u oficio del artículo 35 CE. Pero lo que nos interesa es estudiar la manera en la que los Poderes Públicos brindan dicha protección y cómo desarrolla el empresario las distintas actividades económicas que le son atribuidas, así como los límites<sup>306</sup> que se derivan del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, tomando en cuenta las atribuciones del ordenamiento jurídico español o decisiones judiciales que limitan su ejercicio o su contenido.

Por tanto, y si continuamos con el análisis del marco de la economía de mercado en el que se desenvuelve la libertad de empresa, encontramos que dicho marco localiza su base en una serie de libertades y derechos, como el que ahora nos ocupa, y que éstos a su vez, poseen una serie de reglas de funcionamiento, y es precisamente la

---

<sup>304</sup> A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob. cit., p. 219.

<sup>305</sup> En esta nueva fase del constitucionalismo se continúan reconociendo los derechos a la propiedad y a la libre iniciativa económica, de acuerdo con la tradición liberal en la que hunde sus raíces, pero en la medida en que las nuevas facultades de intervención que se conceden al Estado limitan tales derechos, se hace necesario que la Constitución las habilite o autorice. Cfr. E. Albertí Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º. 14, 1993, p. 42.

<sup>306</sup> Límites establecidos en la ley, y además permite racionalizar el alcance de las normas de prohibición, que abandonan su carácter general para ser aplicadas bajo criterios de funcionalidad económica.



protección de los derechos y libertades como la garantía del correcto funcionamiento de dichas reglas, la responsabilidad que ostentan los Poderes Públicos en el mercado.

Asimismo, la economía de mercado que garantiza el precepto constitucional relacionado, se encuentra subordinada a las exigencias de la economía general, es decir, del interés general<sup>307</sup>.

En contraposición a lo que ya se ha expuesto, existen autores como Paz-Ares y Águila Real, para quienes la Constitución no crea un modelo económico, ya que si así fuera, tendría que obligar a los poderes públicos a ponerlo en práctica e igualmente, cada una de las medidas económicas que se adoptaran tendrían que acoplarse a dicho modelo; y sostienen que la Constitución contiene únicamente facultades, prohibiciones y límites para ser aplicados al modelo económico que ya existe<sup>308</sup>, y que como hemos visto, se trata de un modelo de *economía de mercado*, que permite a los particulares el libre ejercicio de las actividades empresariales y les otorga capacidad de actuar y decidir sobre la dirección y ejecución de las empresas y las actividades propias del desarrollo de las mismas.

### 1.6.1. PODERES PUBLICOS: RESPONSABILIDAD DE PROTECCION

Así, la Constitución garantiza el libre ejercicio de los particulares en el contexto de la economía de mercado mientras realizan las actividades económicas que constituyen un medio de vida para ellos, mientras que el legislador<sup>309</sup> se encarga de tutelar el desarrollo de esa libre iniciativa empresarial siempre y cuando no lesione el contenido

---

<sup>307</sup> Cfr. L. Cosculluela Montaner y M. López Benítez, *Derecho Público Económico*, Madrid, Iustel, 2007, p. 26.

<sup>308</sup> *Ibidem.*, p. 44

<sup>309</sup> A propósito de la tarea que desempeña el legislador, se ha dicho que se limita a "codificar" cada cierto tiempo los desarrollos jurisprudenciales; dicha operación ha permitido a la comunidad jurídica alemana de elementos de soluciones jurídicas con un buen conjunto de reglas legales. Cfr. J. Alfaro Águila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, p. 8.

esencial de la libertad de empresa, y es precisamente lo que abordaremos en el próximo apartado, la existencia o no de un contenido esencial<sup>310</sup> en el derecho a la libertad de empresa.

De la misma manera en que los Poderes Públicos son responsables del buen funcionamiento del mercado, tienen la obligación de alcanzar la protección y garantía de los derechos y libertades que operan en el régimen de libertades en el ámbito económico y velar por el correcto funcionamiento<sup>311</sup> de las reglas que desarrollan dichas libertades.

### **1.6.2. PODERES PUBLICOS: RESPONSABILIDAD DE INTERVENCION**

Asimismo, la libertad de empresa considerada en principio, como derecho fundamental de contenido económico, es un derecho cuyo ejercicio se regula sólo por ley, debe ser desarrollada por el legislador, a quien se le atribuye la facultad de elaborar el marco de actuación de los particulares en sus actividades económicas, dicha facultad es bastante amplia para delimitar o condicionar la libertad de empresa, pero tiene un límite, *la reserva de ley*<sup>312</sup>, contenida en el artículo 53.1 CE, de donde surge el principio de respeto al *contenido esencial* de los derechos que debe ser garantizado por el Tribunal Constitucional.

---

<sup>310</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, en: *Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, pp. 992 y ss.

<sup>311</sup> Para algunos autores, ese correcto funcionamiento deriva de la intervención que como Estado se desarrolla en la política económica, que resumen en la libre competencia y la intervención en el mercado. Ll. Franco i Sala, *La defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán*, en: *Ekonomiaz*, N° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 216-217.

<sup>312</sup> Sobre este tema, adelantamos que consideramos en nuestra tesis, que la reserva de Ley no debe entenderse como un mecanismo de simple habilitación de la "restricción" de la capacidad de afirmación de los derechos fundamentales (teniendo como titular de esta capacidad, al legislador ordinario para regularlos, fijando límites y condiciones a su ejercicio). A. Luciano Parejo, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en: *Revista española de Derecho Constitucional*, Año N° 1, N° 3, 1981, p. 176.

Por tanto, y de momento, entendemos que la libertad de empresa recibe la protección del citado artículo, sólo por ley, aunque su defensa ante el Tribunal Constitucional, se limita al recurso de inconstitucionalidad y se niega al ciudadano la vía del recurso de amparo como protección directa de la libertad de empresa.

Sobre el principio de la reserva legal, es válido apuntar lo que se entiende por el carácter formal de la norma legal que desarrolle la libertad de empresa, uno de los autores de la doctrina, con quien estoy de acuerdo, lo asume como una “reserva legal ordinaria”, en cuanto admite a la Ley Orgánica, aunque no la precisa, los decretos legislativos, los decretos-ley en cuanto no afecten la regulación general y sustancial de la libertad de empresa e incluso el Reglamento, aparándose en las líneas del Tribunal Constitucional que dicen al respecto de esta reserva de Ley: “tampoco se trata de una reserva de Ley absoluta que excluya la intervención en todo caso del Reglamento”.

### 1.6.3. INTERES GENERAL: EMPRESA PÚBLICA

La libertad de empresa siendo reconocida por la Ley Fundamental en el marco de la economía de mercado, viene a “establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad”<sup>313</sup>, además el artículo 38 CE se encuentra “en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente con el 128 y 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado”<sup>314</sup>. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la libertad de empresa ha de desarrollarse dentro de dicho marco sobre todo porque debe considerarse la intervención del Estado en la actividad económica, siempre que encuentre su configuración constitucionalmente. Es necesario entonces, definir quién tiene el

---

<sup>313</sup> Así lo menciona la STC 83/1984 FJ.3, al disponer: “en el artículo 38, predomina como es patente, el carácter de garantía institucional”.

<sup>314</sup> STC 37/1981, FJ.2.

poder de configurar la actividad económica, establecer cuáles son los límites y de qué forma<sup>315</sup>.

Ahora bien, lo que nos interesa del artículo 128 CE es que permite la actividad económica que el propio Estado puede desempeñar, el reconocimiento de la intervención pública en dicha actividad económica; mientras que la libertad económica reconocida en el artículo 38 CE se refiere a la iniciativa económica privada, en ese sentido, se incluye cualquier tipo de actividad económica organizada<sup>316</sup> ya sea por un comerciante individual, personas jurídicas, asociaciones, sociedad o fundaciones que se desenvuelvan en el mercado<sup>317</sup>. Asimismo, nos interesa la posibilidad que el mismo precepto extiende al Estado de “planificar” dicha actividad para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo y estimular el crecimiento de la riqueza y su más justa distribución, tal como lo indica el artículo 131.1 CE<sup>318</sup>.

En consecuencia, y como ya se expuso, se dice que el sistema económico en el que se desenvuelven las actividades económicas se configura dentro del marco de la economía de mercado, a la vez que se confirma la presencia activa del Estado en las relaciones económicas, ya sea en el ejercicio de “una acción ordenadora o planificadora como por el procedimiento de la directa asunción de actividades económicas”.<sup>319</sup>

---

<sup>315</sup> Cfr. R. Entrena Cuesta, “El Principio de Libertad de Empresa”, en: F. Garrido Falla (Dir.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 109.

<sup>316</sup> En esta tesis defendemos la idea de la empresa como actividad económica organizada para producción de bienes y/o la prestación de servicios, como una realidad económica, social y jurídica, que presenta efectos en el mundo de los negocios, la cual, debe ser estudiada no sólo desde la óptica ius privatista sino también ius publicista, más aun teniendo en cuenta que la experiencia jurídica contemporánea ha sido marcadamente constitucionalizada.

<sup>317</sup> Cfr. M. Aragón Reyes, *Ibid.*, pp.18-19.

<sup>318</sup> Este artículo es un ejemplo de la autorización que la Constitución otorga al Estado para intervenir en la economía para "modernizar y desarrollar todos los sectores económicos, atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, estimular el crecimiento de la renta o distribuir de forma más justa la riqueza". I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, pp. 8-9.

<sup>319</sup> Cfr. L. Suárez-Llanos, “Derecho, Economía...”, *ob. cit.*, p. 58.

En el caso de las empresas públicas, en las que el Estado interviene como un actor en la economía y no como un organizador o planificador, como en las empresas privadas creadas por los particulares<sup>320</sup>. La Constitución también reconoce a los poderes públicos la facultad de ser empresarios en virtud del artículo 128.2 CE<sup>321</sup>.

De tal suerte que la Constitución contiene una habilitación para que el Estado participe de la iniciativa pública económica, aunque sometido a restricciones que emanan del gasto público y de su asignación eficiente y económica<sup>322</sup>, tal como lo dispone el artículo 31.2 CE.

El Estado ya es un agente más de la vida económica, sin embargo, en ese caso opera especialmente, de modo que realiza una actividad administrativa de carácter económico, en relación al principio contenido en el artículo 103.1 CE, obligando a que la actividad empresarial pública aplique el desarrollo de sus actividades de manera consecuente con las exigencias de la economía de mercado.

El artículo 128.1<sup>323</sup> CE no exige que las empresas públicas se constituyan sólo cuando falle la iniciativa privada; sino que, ambas iniciativas: pública y privada pueden coexistir en régimen de igualdad en el marco de la economía de mercado. Asimismo,

---

<sup>320</sup> No obstante, en cuanto que los intereses generales que puede alegar el Estado para monopolizar una actividad que, en principio, puede desarrollarse en régimen de libre competencia serán los recogidos en el Tratado y la monopolización quedará sometida al juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto al que queda sometida cualquier limitación de la libertad de empresa, según la jurisprudencia recogida en las STS, 3ª de fecha 17 de octubre de 2000 y STS 28 de abril de 198.

<sup>321</sup> Dicha facultad consiste en el reconocimiento de la iniciativa pública en la economía, esto es, la plena legitimidad de la participación del Estado como empresario en el mercado.

<sup>322</sup> Cfr. L. Parejo Alfonso, *Eficacia y administración: tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, pp. 131-132.

<sup>323</sup> Por su parte, el Tribunal constitucional español ha establecido que el fundamento en el art. 128 C.E., precepto que es la base constitucional para excluir la libre iniciativa económica privada de determinadas esferas de actividad ("recursos o servicios esenciales"), estableciendo, en su caso, las normas para que el acceso de empresarios privados a esa actividad se efectúe mediante unos procedimientos de selección jurídicamente ordenados con que se atribuye una posición de derecho público (así, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada). STC 47/1994, de fecha 16 de febrero de 1994.

se sostiene en la doctrina, que la creación de empresas públicas responda a una razón de interés general, ya que para los sujetos públicos todas las actuaciones ya sean las que se ejercen por vía de autoridad como empresarialmente, deben estar justificadas en función de los intereses públicos concurrentes<sup>324</sup>; porque tal y como lo señala De la Quadra-Salcedo, la intervención de los poderes públicos y sus Administraciones está siempre vinculada a la satisfacción de intereses generales a los que debe servir y que al mismo tiempo las explica<sup>325</sup>.

## 1.7. LIBERTAD DE EMPRESA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como hemos visto, la doctrina propone diversas clasificaciones entre los derechos fundamentales y el derecho a la libertad de empresa se encontraría en la categoría de “derechos de libertades”, que en primer lugar, satisfacen el valor “libertad”, y que tratan de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos”<sup>326</sup>

La libertad de empresa es un derecho de libertad, una libertad propiamente dicha, que constituye una manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad. Dicha libertad debe entenderse protegida en el ámbito económico con una especial vigilancia, así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional: “Esta libertad, en el marco de la economía de mercado, constituye uno de los pilares sobre los que descansa el Estado social y democrático de Derecho que es España (artículo 1 CE), de forma que sin ella estaríamos ante un modelo radicalmente distinto de sociedad”<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 171-172.

<sup>325</sup> Cfr. T. De la Quadra-Salcedo, *Artículo 128*, en: O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, cit. por A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob cit. p. 243.

<sup>326</sup> *Ibidem.*, p. 450.

<sup>327</sup> STC 37/1987 FJ. 5, de fecha 26 de marzo de 1987.

Históricamente se conocía a la libertad de empresa bajo la denominación de “libertad de industria y comercio”, y se relacionaba con el dogma del *“laissez faire, laissez passer”*<sup>328</sup>, cuyo objetivo principal era la no injerencia del Estado en asuntos económicos, con el fin de alcanzar el establecimiento de una sociedad de mercado sin obstáculos<sup>329</sup>, a una completa libertad en la economía, es decir, libre mercado, libre manufactura, bajos o nulos impuestos, libre mercado laboral, y mínima intervención de los gobiernos, evolucionando hasta reconocer nuestro objeto de estudio: la forma moderna y en comunión con el Estado Social de *libertad de empresa*.

De manera que considero oportuno destacar que la única libertad de empresa constitucionalmente admisible, es la que efectivamente se fundamenta, respeta y actúa bajo los principios del Estado social, que según el artículo 1.1. CE constituye el Estado español.

Pero cabe preguntarnos qué es exactamente lo que comprende la protección de este derecho, qué es lo que se ha querido garantizar al elevarlo al rango constitucional<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> La libertad de empresa tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, cuando se instauró el principio de libertad de comercio y de industria paralelamente a la proclamación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, esto bajo un sistema económico autosuficiente y como consecuencia del derecho natural y de una política anti estatal. En las constituciones modernas, la libertad de empresa se erige como un derecho propio del ciudadano.

<sup>329</sup> La intervención del poder público debía ser limitada, por el principio *“laissez faire, laissez passer”*, donde la preocupación principal es el hombre y su libertad, sacrificando para ello la actividad estatal.

<sup>330</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha establecido al respecto; que el origen del actual art. 38 CE, se encuentra en el art. 32 del Anteproyecto, donde se decía que "se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica-privada". En virtud del debate y especialmente de la enmienda del partido mayoritario, según la cual "el Estado reconoce el derecho a la libre iniciativa privada y reconoce un sistema de economía social de mercado", pasó a tener el texto actual. El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del art.38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa. "... la imposición de una obligación de contratar o de una contratación forzosa, como la que resulta en el caso debatido en esta Sentencia, no atenta contra el principio de libertad de empresa cuando tiene por objeto precisamente defender a los pequeños empresarios privados, como empresarios libres y dar transparencia al mercado en que se mueve." Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo a la

El valor o bien jurídico que se protege en la libertad de empresa, es sin lugar a dudas, *la iniciativa económica*, dado que es el componente esencial de una economía de mercado, incluyendo cualquier actividad organizada<sup>331</sup> que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado, de tal forma que el acceso a la producción y distribución de éstos, sea constitucionalmente abierto<sup>332</sup> al acceso de los particulares, sin olvidarnos de que la economía de mercado del art. 38 CE sólo puede ser aquella que quepa en los márgenes del Estado social.

Este marco en el que se llevan a cabo las actividades económicas del Estado Social que constituye el artículo 1 CE, es un contexto de *economía de mercado*, defendemos el mismo como modelo económico y al reconocimiento que de la libertad de empresa hace la misma Constitución. Se entiende que debe existir una condición esencial: la libertad de acceso a dicho mercado, la libertad de acceder significa en este caso, la libertad de emprender<sup>333</sup> en el mercado actividades económicas lícitas y que cualquier ciudadano pueda iniciar y desarrollar las mismas.

Como ya lo decíamos, esta libertad reconocida por la Constitución da lugar a la protección del Estado para que los particulares lleven a cabo este derecho, que les permite el libre desarrollo de su personalidad, mientras realizan las actividades que ellos mismos eligen y que constituyen un medio de vida<sup>334</sup>.

---

Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad N° 184/81, de fecha 16 de los corrientes, al que se adhieren los Magistrados don Manuel Díez de Velasco Vallejo y don Plácido Fernández Viagas. STC 37/1981, de fecha 16 de noviembre de 1981.

<sup>331</sup>La Libertad de analizamos, es una libertad que como ya hemos dicho, constitucionalmente protegida y que incluye cualquier actividad organizada que tenga como objeto o finalidad la oferta de productos y/o servicios en el mercado, así como se ha expresado el Tribunal Constitucional español en la STC 71/2008, de fecha 26 de febrero, sobre el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y de hacerlo en libre competencia.

<sup>332</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 2003, p. 54.

<sup>333</sup> Cfr. R. Entrena Cuesta, “*El Principio de Libertad de Empresa*”, en: F. Garrido Falla (dir.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 158.

<sup>334</sup> Cfr. J. Aparicio Tovar (dir) y otros; *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*; Granada, Comares, 2002, p. 363.



En la medida en que esta libertad se reconoce constitucionalmente, se derivan mandatos de protección para todos los poderes públicos, de manera que el legislador se encuentra en la obligación de crear en el ordenamiento jurídico mecanismos que protejan el derecho fundamental de cada ciudadano frente a las actuaciones de terceros que puedan lesionarlo.

Estos mandatos de actuación resultan mucho más claros en el derecho comparado, así por ejemplo, encontramos el artículo 41 de la Constitución Italiana<sup>335</sup>, que le da un reconocimiento explícito a la iniciativa económica privada y lo acompaña con el fin social que debe tener la misma, estableciendo que: “La iniciativa económica privada es libre. No podrá desarrollarse en pugna con la utilidad social o de manera que perjudique la seguridad, la libertad o la dignidad humana. La ley determinará los programas y las fiscalizaciones oportunas para que la actividad económica pública y privada pueda ser encaminada y coordinada a finalidades sociales”<sup>336</sup>.

El artículo anterior supone diversas interpretaciones de las que resalta la idea de que la relación entre la libertad de iniciativa económica privada<sup>337</sup> y los límites que

---

## Universitat d'Alacant

<sup>335</sup> La Constitución Italiana dedica todo su Título III de la Parte I de la regulación de las relaciones económicas. En particular, entre estas normas, se destaca por su relevancia el artículo 41 de la Constitución, que regula la libertad de iniciativa económica privada, señalando, sin embargo, los límites y condiciones para su ejercicio y que se ha puesto en evidencia, a la luz del debate sobre el impacto del Derecho comunitario sobre el derecho interno, con una verdadera piedra angular de la "controversia" de la legislación italiana y el orden dell'economia. Cfr. F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, p. 32.

<sup>336</sup> Dicho Artículo. 41 de la Constitución italiana, en particular, ha sido objeto de una interpretación por el Tribunal Constitucional italiano, que, a la luz de las influencias del derecho comunitario, parece tener cada vez más una dimensión objetiva sobre la protección de la competencia que puede correr el riesgo de entrar en conflicto con la dimensión subjetiva de la propia libertad dando lugar a lo que se ha denominado la "paradoja de la libertad de competencia", el cual se queja de que han pasado por el Tribunal Constitucional, "una única dimensión subjetivista de la libre empresa", el riesgo de la protección de libertad de iniciativa, destinada a garantizar un acuerdo individual en la protección de los mercados, entendido como un valor en sí mismo y no como funcional a los intereses del particular, dicha dimensión se debe evitar. *Ibidem*. P. 35.

<sup>337</sup> El contenido de la noción de libertad económica aprobado por el Tribunal de Justicia en Italia, que, como Estado, señala por la doctrina, la libertad garantizada por el Tribunal de Justicia Europeo no afecta a la necesidad de la libertad económica igual entre las empresas dentro de los estados individuales (según requieran de la Defensa de la Competencia). Cfr. C. Salvi, *Libertà economiche, funzione*

presenta la misma, demuestran que la Constitución hace que sobreviva dicha iniciativa sin apartarse de las funciones sociales<sup>338</sup>.

De tal manera que podemos concluir que la protección constitucional de la libertad de empresa se desenvuelve de la mano de la exigencia de una economía *social* de mercado, en donde su ejercicio debe respetar la seguridad, libertad y dignidad humanas, sin perjuicio de que exista un control y ordenación jurídicos que amparen estos valores y que a la vez permitan el libre desarrollo de las actividades económicas propias de los ciudadanos<sup>339</sup>. Estos controles o límites a la libertad de empresa<sup>340</sup> serán estudiados en el próximo capítulo.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

*sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, en: Europa e diritto privato (2), 2011, p. 448.

<sup>338</sup> Cfr. P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente": contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, CEDAM, Padova, 1978. p, 20.

<sup>339</sup> Tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional de España, estableciendo que "...se vulnera el principio general de defensa de los consumidores y usuarios recogido en el art. 51 C.E. Es un principio de rango constitucional, con el que se intenta paliar las desigualdades y asimetrías de las relaciones que crea el mercado entre las empresas y los usuarios, que se suma a los que articulan un modelo de economía social de mercado". STC 14/1992, de fecha 10 de febrero de 1992.

<sup>340</sup> A propósito de dichos límites se ha dicho que " La "economía social de mercado en las formulaciones de la Escuela, (de Friburgo) sin embargo, se considerará siempre subordinada a la lógica del mercado y encontrará sus límites en su preservación. Cfr. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 8, 2007, p. 47



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPITULO 2

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

#### 2.1. LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO SUBJETIVO

No obstante los diversos esfuerzos e intentos en la doctrina por establecer un consenso sobre el concepto de *derecho subjetivo*<sup>341</sup>, no se ha obtenido un resultado satisfactorio<sup>342</sup>; sin embargo, intentaremos comprender de la mejor manera la significación de derecho subjetivo, y para ello es necesario hacer un análisis de su evolución a partir de sus primeras concepciones<sup>343</sup>.

Así pues, tenemos como primer escenario el marco de la Revolución Liberal, que se sitúa en el período comprendido a finales del siglo XVIII y principios del XIX, y espacialmente en Europa Occidental, y cuyo cambio político se produce

---

<sup>341</sup> Se sostiene que desde Kelsen la calificación de un derecho como derecho subjetivo se ha considerado especialmente vinculada a la existencia, y no tanto de garantías primarias, sino de secundarias para el mismo, catalogar un derecho como simple norma programática, como derecho "sobre el papel", carente de auténtico valor jurídico, da cuenta de la ausencia de garantías jurisdiccionales adecuadas para resguardarlo. G. Pisarello Prados, *Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?*, en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N.º. 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: Seminario "El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación. (Valencia, 26 y 27 de noviembre de 2001), p. 6.

<sup>342</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 151.

<sup>343</sup> En la jurisprudencia constitucional española, en la STC 74/1996, de fecha 30 de abril de 1996, encontramos que el ATC (AUTO) 13/1989 expone, la doctrina: "Para interponer el recurso de amparo no sólo están legitimados los titulares del derecho fundamental invocado, sino, como dispone el art. 162.1 b) de la Constitución, (...) Ahora bien, según ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones (SSTC 60/1982, 67/1986 y ATC 139/1985, entre otras resoluciones), este concepto de interés legítimo es diferente y más amplio que el de interés directo y, más aún, que el concepto de derecho subjetivo". Precisamente en el invocado ATC 139/1985 se puntualizó que la relación del demandante de amparo con el objeto de la pretensión deducida "provendrá, las más de las veces, de la titularidad propia del derecho o libertad presuntamente vulnerado, pero que - y esto lo subrayamos ahora, pues nos ayuda en el razonamiento que estamos siguiendo - podrá derivarse también de un mero (...) en la preservación de derechos o libertades de otro. Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo N.º 2.880/93.

básicamente entre la Monarquía Absoluta, propia del Antiguo Régimen<sup>344</sup> y el Estado Liberal<sup>345</sup>; y uno de los mayores logros que se le reconocen, es que pone fin a las prerrogativas o privilegios estamentales e instituye un régimen de libertad e igualdad para todos los ciudadanos, en la Constitución de 1812<sup>346</sup> se puede apreciar básicamente una declaración de los derechos del individuo, aunque dispersa entre sus artículos, en los cuales están la libertad de imprenta, la igualdad de los españoles ante la ley, el derecho de petición, la libertad civil, el reconocimiento de la propiedad y los “demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen<sup>347</sup>”.

Estos derechos encuentran su punto de partida en la existencia de un *estado de naturaleza*, en donde los hombres gozaban de una libertad natural y disponían de una serie de derechos entre los que se contaban la libertad y la propiedad<sup>348</sup>.

Como es posible observar, el objetivo principal del nuevo régimen era defender el valor del individuo como tal, en donde el derecho subjetivo constituye un ámbito protegido o creado de la *voluntad* del sujeto para la realización de sus intereses. Lo anterior da paso al surgimiento de la teoría voluntarista<sup>349</sup>, o *teoría de la voluntad*<sup>350</sup>

---

<sup>344</sup> Cfr. F. Comín y P. Martín Aceña, *Rasgos históricos de las empresas en España. Un Panorama*, en: Revista de Economía aplicada, N° 12, (vol. iv), 1976, pp. 75-123.

<sup>345</sup> Si bien es cierto que el Estado liberal, como libertad desbordante tutelada por los Estados burgueses, permitió que, en su nombre, se ultrajara una de las bases de la democracia: la igualdad entre los hombres, es decir, la igualdad filosófica en la libertad. De esta manera, el Estado vigilante de los Derechos humanos descuidó en el fondo, el derecho tal vez más importante de la humanidad: la igualdad que, al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia. R. Aguilera Portales y D. R. Espino Tapia, *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho*, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, p. 113.

<sup>346</sup> A propósito de la Constitución de Cádiz de 1812 y de la libertad de empresa que hoy analizamos, ésta únicamente hace referencia a la vida económica cuando incluye entre las facultades de las Cortes la de “promover y fomentar toda forma de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan. Apartado 21 del artículo 131 de la Constitución de Cádiz de 1812.

<sup>347</sup> Cfr. M. Artola, *Antiguo Régimen y Revolución Liberal*, Madrid, Ariel, 1978, p.165.

<sup>348</sup> Se ha señalado que "el más auténtico derecho, la verdadera norma jurídica, es la que emana del *fluido ético* de la sociedad y se encama en la costumbre y las normas sociales tradicionales. Desde el punto de vista del Estado ello supone, naturalmente, que éste no puede actuar jurídicamente, sino de conformidad con la sociedad", tesis con la que estamos de acuerdo. Cfr. J. Várela Suanzes, *¿Qué ocurrió con la ciencia del derecho constitucional en la España del siglo XIX?*, en: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Murcia, 1997, p.152.

<sup>349</sup> Cfr. Jellinek, *Teoría del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, pp. 50 y ss.

recogida por Jellinek, en virtud de considerar al Derecho subjetivo como un poder de la voluntad reconocido por el Derecho objetivo, o un poder de dominio de la voluntad que ha sido presentado al individuo por el orden jurídico. Asimismo se nos remite al pensamiento de Savigny, para quien los diversos individuos que componen un pueblo poseen un espíritu general que procede de sus voluntades individuales, que animan a todos los miembros de una nación para hacer surgir el derecho positivo de su conciencia<sup>351</sup>. Por su parte, el Estado desempeña el papel de asegurar la realización de dicha voluntad individual y, por ende, el ordenamiento jurídico se configura como un sistema de derechos subjetivos.

No obstante, esta idea individualista se ve deteriorada a partir de que la voluntad del interés general se reduce a los intereses individuales<sup>352</sup> de unos pocos, por lo que surge la idea de que el Estado ha de asegurar no sólo la voluntad individual sino también el desarrollo de los intereses de la colectividad; por lo que nace una nueva concepción de los derechos subjetivos, la *teoría del interés* que se debe a Ihering<sup>353</sup>, quien sostiene que los derechos subjetivos, aun cuando devienen del interés individual, tienen que ser reconocidos por ser dignos de protección para la colectividad de manera que su existencia y tutela jurídica están justificadas en el interés colectivo<sup>354</sup>. Bajo estos criterios podemos decir que el derecho se encuentra protegido en la medida en que responda a una función social.

---

<sup>350</sup> Cfr. E. Gatti, *Derechos Subjetivos y Relaciones Jurídicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992, p. 13.

<sup>351</sup> Cfr. M.F.C. De Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducido del alemán por M.Ch. Guenoux, Granada, Comares, 2005, p. 8.

<sup>352</sup> A propósito, cabe destacar que como ocurre en toda organización, la actividad estatal resulta de la confluencia de intereses individuales. En esas condiciones, el logro de finalidades que trascienden dichos intereses individuales, como es la producción de bienes públicos, depende de cuáles sean los incentivos de los participantes en el juego político y, en especial, del grado de competencia existente en ese juego o mercado. Cfr. B. Arruñada, *Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia*, en: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 211, 2001, p. 2.

<sup>353</sup> Cfr. E. Gatti, *Ibid.* p. 14.

<sup>354</sup> Las nuevas perspectivas de la economía han puesto de manifiesto el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos, que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector: El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden de competencia debidamente saneado. Preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (B.O.E. de 11 de enero de 1991).

Como hemos visto, históricamente, el derecho subjetivo ha distinguido un marco de poder para el individuo, quien lo ejerce según sea su interés en particular; además, se sabe que ello responde a un derecho digno de garantía jurídica y al mismo tiempo delimita su contenido, ya que ese interés particular ha de ser compatible con el interés general que persigue el Estado, de manera que el derecho subjetivo puede imponer al individuo deberes o cargas sociales que han de restringir su capacidad de obrar<sup>355</sup>; mientras que el Estado está obligado a regular la conducta humana, por medio de preceptos cuyos fines son asegurar las condiciones necesarias para la coexistencia social, dando protección a los intereses que considera merecedores de tutela y lo hace otorgando poderes o facultades a los individuos.

Si tratamos de resumir lo que se entiende por derecho subjetivo, vemos que se trata de una facultad “atribuida a una voluntad por el derecho objetivo para la protección de un interés, o a la inversa, que es un derecho protegido por el derecho objetivo mediante el otorgamiento de un poder o facultad a una voluntad”<sup>356</sup>.

Jellinek define al derecho subjetivo como “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o a un interés puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”<sup>357</sup>. De manera que los titulares del derecho subjetivo poseen el beneficio de que el Estado les reconoce a los individuos dicha calidad, a la vez, que no pierde su soberanía y la ejerce sobre los ciudadanos, de manera restringida, es decir, con limitaciones y reconociendo la personalidad del individuo.

Si trasladamos lo anterior al caso concreto de la libertad de empresa, y nos preguntamos si es posible calificarla como derecho subjetivo, ésta comprende un

---

<sup>355</sup> Cfr. A. Cidoncha, *La Libertad de Empresa*; Madrid, Thomson Civitas, 2006, pp. 178-179.

<sup>356</sup> Cfr. E. Gatti, *Ibidem*, p. 15.

<sup>357</sup> Cfr. Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1999, p. 49, cit. por: A. Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 38.

ámbito de poder jurídico protegido bajo el marco constitucional, cuyo contenido corresponde a un interés individual, que como ya se expuso, es el desarrollo de todas las actividades y decisiones económicas que pertenece a los titulares de las empresas y que se llevan a cabo dentro de un sistema económico, que además gozan de la protección y de la no injerencia del Estado, y asimismo, han de ser compatibles con las exigencias impuestas por el interés general, es decir por el mercado que es precisamente el marco de su ejercicio<sup>358</sup>.

La idea de la libertad de empresa como derecho subjetivo, es desprendible del artículo 38 CE, cuando señala a una libertad que se “reconoce”, entendiéndose que se trata de un derecho que ostenta protección. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha manifestado en diversas Sentencias ese reconocimiento a una dimensión subjetiva del derecho a la libertad de empresa, ésta consideración se deduce cuando ha manifestado que es “un espacio abierto a la autonomía individual”<sup>359</sup>.

Al referirnos a la libertad de empresa como un derecho subjetivo, encontramos que es posible realizar en ella una delimitación positiva que permite efectuar una indagación en el concepto de derecho subjetivo. Sobre la delimitación positiva, nos ya nos referíamos en el capítulo anterior a la estructura técnica de la libertad de empresa como derecho subjetivo, y contamos con tres elementos: sujeto, objeto y contenido.

---

<sup>358</sup> La definición de " derecho subjetivo" presupone la existencia de acción, y es por ello que la Constitución habilita a los ciudadanos para que puedan reclamar, ante los tribunales y mediante el ejercicio de una acción, la garantía de su integridad. Y como sabemos, en el caso de la libertad de empresa, no resulta posible recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional cuando existe una vulneración de la mencionada libertad por parte de los poderes públicos. Cfr. I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004, pp. 35 y ss.

<sup>359</sup> STC 208/1993 FJ.4 y 5, de fecha de 28 de junio de 1993, que en su tenor literal manifiesta: “ni la negociación colectiva, puede anular la autonomía de la libertad, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes”, que hace referencia a lo citado en la STC 58/1985; de igual forma, otras sentencias han calificado a la libertad de empresa como un principio, como la STC 17/1990 FJ.16; en donde también se alude a ella como un derecho en el FJ.17 párrafo 3; así como en las Sentencias del mismo Tribunal: 64/1991 FJ.6; 89/1994, FJ.7; 99/1994, FJ.4 y 109/2003 FJ.15.



A pesar de que estos elementos serán objeto de estudio en los temas sucesivos de este capítulo, y sin perjuicio de lo que se dirá en los mismos; se puede adelantar, que el sujeto, sería la persona física o jurídica a quien corresponde el ámbito de poder del derecho, es decir el titular del mismo. Asimismo, estaríamos en presencia de un objeto, que es la realidad sobre la que recae el poder del titular. Por otra parte, el contenido de la libertad de empresa está integrado por facultades que se conceden a su titular; dichas facultades se caracterizan de otros poderes jurídicos por su dependencia con el derecho subjetivo, ya que si se desprenden de él, se convierten en otros derechos subjetivos<sup>360</sup>.

Al contrario, y tal y como lo veremos en el siguiente apartado, lo que singulariza al contenido de los derechos fundamentales es tanto su carácter abstracto como la indeterminación de sus condiciones de aplicación, y en el caso de la libertad de empresa es muy evidente esta indeterminación dadas las múltiples posibilidades de limitaciones que posee<sup>361</sup>.

Dichas limitaciones<sup>362</sup> encuentran su origen como ya lo hemos analizado, en el reconocimiento a la función social que tiene el derecho objeto de estudio, y a propósito de éste encontramos jurisprudencia, en la que se expone a la libertad de

---

<sup>360</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob. cit., p. 181.

<sup>361</sup> La STC 11/1981, F.J. 8, de fecha 8 de abril de 1981, establece: "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así." Como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional español, comparte una doctrina en este punto idéntica a la mantenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán: carácter absoluto del contenido esencial, pero dentro de cada derecho fundamental. L. Parejo Alfonso, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en: *Revista española de Derecho Constitucional*, Año N° 1, N° 3, 1981, pp. 185-186.

<sup>362</sup> Como un ejemplo de límite al derecho objeto de nuestro estudio, tenemos la STC 66/1991, de fecha de 22 de marzo de 1991, Promovida al amparo del Título V de la LOTC Planteada por el Gobierno de la Nación contra el art. 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988, por la que se prohíbe la venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, reconoce que, junto a la dimensión objetiva de la libertad de empresa, existe un verdadero derecho subjetivo y que es posible establecer límites basados en la protección del medio ambiente en la medida en que sean razonables y proporcionados.

empresa subordinada al cumplimiento del interés público<sup>363</sup>, condicionada en medidas de ordenación o de intervención, es decir, un servicio privado de interés público, que a la vez constituye una actividad intervenida por la Administración estatal y local, como en el caso de la Sentencia de 20 de septiembre de 1983, RJ\1983\4524, en la que se estima a la libertad de empresa como compatible con la reglamentación del servicio público de auto-taxi<sup>364</sup>.

De igual manera, se ha resuelto en la Sentencia 109/2003, de 5 de junio, sobre los casos de *farmacias*<sup>365</sup> (Ley reguladora de los Servicios de las Oficinas de Farmacia), sobre los que se establece la competencia del Estado para dictar la normativa básica, como de las Comunidades Autónomas, para el desarrollo legislativo de la libertad de empresa reservada únicamente a farmacéuticos y cuya autorización de apertura de farmacias, y la transmisibilidad a favor de otros farmacéuticos se encuentra establecida por la legislación básica y limitada a los términos y condiciones de la misma; en definitiva, competencia que debe respetar la normativa básica del Estado en materia de sanidad, sin vulnerar derechos constitucionales al trabajo, al libre ejercicio de profesiones o a la libertad de empresa<sup>366</sup>.

En síntesis y como ya mencionaba Alexy, la cuestión acerca de cuándo una norma confiere derechos subjetivos tiene importancia práctica, sobre todo, en la medida en que se deseen resolver aspectos procesales. De manera que aquello que interesa es el problema de si una norma confiere o no un derecho subjetivo, transformándose es

---

<sup>363</sup> Sobre la vinculación entre el servicio público y la Constitución económica, Cfr. S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 43 y ss.

<sup>364</sup> El considerando tercero de la Sentencia, literalmente establece que la “actividad del taxi, como cualquier otra de contenido económico, no debería tener traba ni condicionante alguno para su ejercicio dentro de un sistema de libre empresa como el que configura la Constitución Española (RCL 1978\2836), art. 38. Sin embargo, y de modo tradicional, esta industria viene siendo intervenida por la Administración del Estado y la local, que condicionan su ejercicio a través de normas de obligatorio cumplimiento para quienes la ejercen. STC. de 20 de septiembre de 1983, RJ\1983\4524.

<sup>365</sup> Al respecto, si pensamos en la libertad de empresa como derecho fundamental, podríamos decir que la dimensión pública del servicio justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio. En consecuencia, el legislador podrá justificar un mayor sacrificio de la libertad de empresa. Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 21.

<sup>366</sup> STC 109/2003 F.J. 7, de fecha 5 de junio de 2003.

un problema normativo<sup>367</sup>. Y por su parte, la Constitución acentúa la libertad de empresa en su dimensión objetiva, como elemento estructural e institución básica del orden económico, como ya hemos visto, más que como garantía de una específica libertad de actuación de cada individuo, con carácter general y abstracto respecto de todos los sectores y actividades económicas. Y a lo mejor, como veremos a continuación, es por estas razones que resulta extraordinariamente difícil encontrar un *contenido esencial* a esta libertad, como derecho subjetivo, siendo preferible, orientar este esfuerzo hacia su dimensión objetiva, la institución de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado<sup>368</sup>.

## 2.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Para una buena parte de la doctrina, dentro del análisis de la naturaleza jurídica del derecho objeto de estudio, éste podría ser catalogado como derecho fundamental<sup>369</sup>, así como en alguna ocasión lo ha expuesto el Tribunal Constitucional español. No obstante, es válido reflexionar un poco sobre ese carácter de *fundamental*<sup>370</sup> que le ha sido otorgado a la libertad de empresa. Para Pérez Luño los derechos fundamentales

---

<sup>367</sup> Cfr. R. Alexy, "Teoría de los Derechos..." *Fundamentales*, ob. cit., p. 175.

<sup>368</sup> Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. Nº 71, mayo-agosto 2004, p. 145.

<sup>369</sup> A propósito de la noción de derechos fundamentales, según la teoría de Ferrajoli sólo se ocupa de lo que estos derechos son en abstracto, pero no de cuáles están realmente consagrados en una constitución determinada o de cuáles deberían estarlo. Con lo cual, podemos afirmar que cualquier norma constitucional, más allá de su contenido, siempre que esté proclamada universalmente como derecho subjetivo, será un derecho fundamental y por tanto definirá a la democracia sustancial. Cfr. A.M. Alterio, *La "esfera de lo indecible" en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*, Universitas. En: *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 13, enero 2011, p. 13.

<sup>370</sup> Como derecho fundamental, son de aplicación a la libertad de empresa las reglas generales aplicables a cualquier derecho fundamental de los recogidos en los arts. 30 y siguientes de la Constitución: requieren desarrollo mediante ley que ha de respetar su contenido esencial (art. 53 CE); vinculan a todos los poderes públicos y constituyen un argumento interpretativo de todo el ordenamiento que obliga a Tribunales y Administración a "maximizar" su vigencia y a remover los obstáculos a su vigencia. Además, de acuerdo con el art. 53 .1 CE, el desarrollo de los derechos fundamentales y, por ende, de la libertad de empresa, ha de realizarse por ley. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "Art. 38..." ob. cit., p. 982

poseen un carácter estricto y preciso y que sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo<sup>371</sup>.

Además, los derechos fundamentales germinan por la voluntad del constituyente, y a menudo por la interpretación que de ellos hace el Tribunal Constitucional, como por interpretación del legislador, siendo la primera una interpretación jurídica y la segunda de carácter política<sup>372</sup>.

Sobre el carácter de fundamental del derecho en cuestión, el Tribunal Constitucional ha manifestado, al referirse a la intervención del legislador en la libertad de empresa, que “sólo puede ser estatal, en el doble sentido de que es competencia reservada al Estado (...) precisamente porque incide en un derecho fundamental”<sup>373</sup>; ciertamente ésta es una tesis que defiende que los derechos fundamentales son los que vinculan al legislador, que de manera particular ha sido adoptada a la libertad de empresa por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a la vez es la más generalizada en la doctrina española<sup>374</sup>.

Pero en realidad, la defensa de esta calificación de la libertad de empresa como derecho fundamental, se encuentra en la misma Constitución, en su artículo 53.1, el cual dispone que todos los derechos y libertades que se encuentran reconocidos en el capítulo II del título I, son derechos fundamentales<sup>375</sup>, en tanto que concurren en ellos las características de vincular a los poderes públicos por ley y ostentar un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador<sup>376</sup>.

---

<sup>371</sup> Cfr. A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 47.

<sup>372</sup> Cfr. F. Rey Martínez, extracto del volumen: *Como Nacen los Derechos Fundamentales*, en *Annali del Seminario Giuridico Università di Catania*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, volumen I, 1999-2000; Giuffré, 2001.

<sup>373</sup> STC 37/1981, FJ. 2, de fecha 16 de noviembre de 1981.

<sup>374</sup> Cfr. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "Art. 38...", ob. cit., p. 982.

<sup>375</sup> Cfr. F. Garrido Falla (Dir.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 63.

<sup>376</sup> Cfr. A. Cidoncha, *Ibid.*, p. 175.

Así pues, es válido afirmar que el concepto de derecho fundamental en el ordenamiento español serían aquellos resistentes con su “contenido esencial” a la acción legislativa<sup>377</sup>; sin embargo, tal afirmación no puede ser válida a secas, debe tomarse en cuenta dicha resistencia frente a la intervención legislativa, pero a la luz de consideraciones de interés general o social; el artículo 53.1 CE impone expresamente esta salvaguardia a los artículos contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución<sup>378</sup>. Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa nos ocuparemos ampliamente en el siguiente capítulo.

A pesar de que esta clasificación, ha sido tan aceptada en la doctrina e incluso en la jurisprudencia, es necesario tomar en cuenta otras consideraciones que señalan que no podemos suponer a los derechos con carácter de fundamentales, por el simple hecho de que la Constitución así los clasifique; no es por su mera ubicación formal en la misma de donde deriva su fundamentalidad, sino que es “la configuración constitucional como norma de potencial auto disposición por el titular del derecho y su existencia indisponible para el legislador”<sup>379</sup>, de manera que son los particulares quienes ostentan el ejercicio de la norma que contiene el derecho en cuestión, al mismo tiempo que reciben la protección y garantía del desarrollo que del mismo realiza el legislador.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha dicho que “... el artículo 38 CE es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo<sup>380</sup>, al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el artículo 53.2”<sup>381</sup>. Lo anterior, como veremos, es un tanto contradictorio ya que se le niega a la libertad de empresa el acceso al recurso de amparo, pero se le reconoce la garantía del artículo 53. De tal manera que deben ser aplicadas las mismas reglas de los demás derechos fundamentales recogidos a partir del artículo 30 CE, siempre que se desarrollen por

---

<sup>377</sup> Cfr. J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales Concepto y Garantías*, Madrid, Trotta S.A., 1999, p.27.

<sup>378</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 54.

<sup>379</sup> Cfr. F.J. Bastida Freijedo, y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 40.

<sup>380</sup> Cfr. F. Rubio Llorente y otros, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel S.A., 1995, p. 613.

<sup>381</sup> STC 46/ 1983, FJ.6, en el mismo sentido: STC 118/1983.

ley que ha de respetar su contenido esencial y que vinculen a los poderes públicos. Ahora bien, en el caso particular de nuestro objeto de estudio, el Tribunal Constitucional afirmó que no cualquier regulación que afecte a la libertad de empresa ha de regularse por ley: “La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 o 38”<sup>382</sup>, tal cuestión se entiende fácilmente al concebir que sería imposible para cualquier Administración Pública, manejar un sistema jurídico en el que cualquier actividad de tipo empresarial requiera una ley. No obstante, los elementos esenciales del régimen que limita la libertad de empresa deben estar contenidos en una norma con rango legal<sup>383</sup>, como en todo derecho fundamental.

La doctrina ha proveído a los derechos fundamentales la valoración de “mandatos de optimización”<sup>384</sup> en los que su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia dentro de las restricciones impuestas por la existencia de otros mandatos de optimización, es decir, por otros derechos fundamentales, esencialmente porque se les considera principios y no reglas, y en caso de un conflicto entre dos principios, éste se resuelve mediante la ponderación de ambos y decidiendo cual es el que prevalece según la circunstancia determinada de que se trate.

Asimismo, es válido decir que ante esta ponderación prevalece aquél principio que tiene mayor “peso”<sup>385</sup> en el caso concreto. Ésta valoración es precisamente el *contenido objetivo* que pertenece a los derechos fundamentales, protegida en cada caso concreto por un permiso o una prohibición<sup>386</sup>.

---

<sup>382</sup> STC 83/1984 FJ.3, de fecha 24 de junio.

<sup>383</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, Madrid, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, 2003, p. 10.

<sup>384</sup> Cfr. R. Alexy, “*Teoría de los Derechos...*” *Fundamentales*, ob. cit., p. 67.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>386</sup> Cfr. F.J. Bastida Freijedo, y otros, “*Teoría General de los Derechos...*” ob. cit., p. 109.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre la posibilidad de que la ley restrinja la libertad de empresa en caso de colisión con otros derechos fundamentales o valores constitucionalmente relevantes, como en el caso concreto del derecho a la propiedad, sobre el cual ha declarado que la libertad de empresa “ no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa”<sup>387</sup>

Para el caso de la libertad de empresa, el mandato de optimización se puede formular en la medida en que obliga al Estado a asegurar y proteger el desarrollo de actividades económicas de los particulares, regulándolas y maximizando dichas actividades en una forma compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que puedan entrar en algún conflicto con la libertad de empresa.

Por otra parte, si el *contenido subjetivo* de los derechos fundamentales consiste en las facultades jurídicas atribuidas al titular para defender el objeto del derecho frente a terceros, y estas facultades pueden adoptar la forma de derechos de libertad (como en el derecho que hoy nos ocupa), o derechos de prestación, estaríamos en presencia de una técnica empleada por el derecho fundamental para salvaguardar su objeto; consecuentemente, si examinamos el fundamento último ostentado por la libertad de empresa, tal y como lo mencionamos en el primer apartado, éste sería el de asegurar una esfera de actuación libre de injerencias estatales<sup>388</sup> en el ámbito de actuación de los particulares, es decir, de sus titulares; podemos decir entonces que concurre una estrecha relación entre la libertad de empresa, el trabajo y la libre elección de la profesión u oficio, sobre todo en el marco de la autonomía de los particulares al

---

<sup>387</sup> STC 37/1987 F.J. 6, de fecha 26 de marzo; y STC 89/1994, de fecha 17 de marzo de 1994.

<sup>388</sup> Aunque si bien es cierto, el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de Roma, de 4 de noviembre de 1950, permite la injerencia en la vida privada y en el domicilio cuando "esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país...".

decidir sobre sus propios medios de vida sin que existan terceros, y en especial el Estado, que les impongan modos vitales y los medios para lograrlos<sup>389</sup>.

De lo anterior, podemos perfilar la idea de derechos fundamentales haciendo referencia a los preceptos generales que protegen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, contenidos en el artículo 10 CE<sup>390</sup>, ambas son de utilidad al estudiar su conexión con la libertad de actuación que tienen los particulares en el ámbito económico, en virtud de que cada individuo posee el derecho de elegir libremente cómo “ganarse la vida”<sup>391</sup> escogiendo los medios para tal fin y cómo construir el libre desarrollo de su personalidad, ante esto sería totalmente inaceptable una intromisión de los poderes públicos sobre dichas decisiones, ya que éstos se encuentran al servicio de los particulares y no al revés.

De estas ideas se puede derivar un principio general de libertad, que para la doctrina preside el ordenamiento jurídico y es la de afirmar que “todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido”<sup>392</sup>, que es una idea esencialmente liberal, y que sin embargo merece protección jurídica en los ámbito de libertad generales y que asegura a los particulares que los podrá hacer valer frente a quien pretenda introducir deberes de forma unilateral.

Existen diversas calificaciones de los derechos fundamentales, de las cuales se concluye que la libertad de empresa es un tipo de derecho fundamental de “libertad”, ya que garantiza el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos<sup>393</sup>, y que es necesario para el desarrollo de las posibilidades vitales de sus titulares.

---

<sup>389</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, “*Un Ensayo...*”, ob. cit., p. 4.

<sup>390</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 8.

<sup>391</sup> C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, ob. cit., p. 981.

<sup>392</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, “*Sistema de...*”, ob. cit., p. 66.

<sup>393</sup> Cfr. L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p.128.



La libertad de empresa ha de considerarse un derecho fundamental, en tanto que su protección y ejercicio son exigibles frente al legislador, a los poderes públicos, y a los demás particulares; ello en consecuencia, de su concepción de iniciativa económica privada<sup>394</sup>, ya que es preciso tener en cuenta que es un derecho con limitaciones, y no sólo porque el precepto que lo establece lo diga, sino que además porque existen limitaciones a la libertad de empresa exigidas por su conexión con otros preceptos constitucionales, éstas son limitaciones que la Constitución exige que se encuentren reguladas por ley y que no infrinjan el contenido esencial del derecho, que analizaremos en el siguiente apartado.

A manera de conclusión, la libertad de empresa y cualquier derecho fundamental que se precie de serlo, lo serán en la medida en que integren facultades constitucionales o *posiciones constitucionales*<sup>395</sup> que en todo caso son su contenido esencial y que están determinadas por el constituyente. Asimismo, tenemos que los derechos fundamentales han sido tradicionalmente considerados derechos públicos subjetivos que imponen deberes frente a los poderes públicos, frente al Estado, y en el caso de la libertad de empresa les impone deberes de abstención<sup>396</sup>, es decir, como ya hemos visto, el deber de no hacer, de no injerir.

El Tribunal Constitucional les ha atribuido a los derechos fundamentales, una doble naturaleza, diciendo: “son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”; y al mismo tiempo ha afirmado: “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica,

---

<sup>394</sup> Cfr. M. Aragón Reyes, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 18.

<sup>395</sup> Alexy se refiere a los derechos subjetivos como “posiciones” en R. Alexy, “*Teoría de los Derechos...*” ob. cit., p. 156. Por su parte, Cidoncha se refiere a las facultades que tienen los derechos fundamentales como “posiciones” en A. Cidoncha, “*La Libertad...*”; ob. cit., p. 182.

<sup>396</sup> Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el Régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, cuyo artículo 50 contempla: Deber de abstención. Las sociedades y agencias de Valores o las entidades de crédito, así como los fedatarios públicos, que en el desarrollo de sus actividades o por razón de sus funciones tengan conocimiento de una operación que pueda infringir la normativa de ofertas públicas de adquisición, deberán abstenerse de intervenir en ellas.

plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 CE)<sup>397</sup>. Asimismo, ha aclarado que “Los instrumentos jurídicos de que el Estado dispone para la realización de los intereses públicos no se ajustan a la idea del derecho fundamental. Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son genuinos derechos subjetivos y, por consiguiente, situaciones de poder, puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen libremente sus propios intereses. El ejercicio de un derecho subjetivo es siempre libre para el sujeto favorecido”<sup>398</sup>.

Tenemos pues, que la libertad de empresa es un derecho subjetivo, por tratarse de un poder jurídico otorgado al individuo, que se integra a su patrimonio jurídico y que es accionable judicialmente<sup>399</sup>; y que a su vez, ostenta un rango fundamental en el cual los poderes públicos no sólo están obligados a respetarlo, sino también a contribuir en su realización.

Personalmente opino que la no injerencia es también una forma de protección a la libertad de empresa, de esa manera sus titulares pueden desarrollarla sin restricciones y al mismo tiempo disfrutar de una protección correspondiente al ejercicio del mismo, sin tener que preocuparse por una dirección directa ejercida por el Estado en sus actividades económicas, y poder ejercerlas en libertad, aún con las restricciones, siempre y cuando éstas tengan con fin el óptimo desarrollo de los fines económicos que contribuyen a un bienestar general y no reservado a un determinado grupo. Y asimismo, comparto con la doctrina que expone que la libertad de empresa es un

---

<sup>397</sup> STC 25/1981, F.J.5, de fecha 14 de julio de 1981.

<sup>398</sup> STC 64/1988, de fecha 12 de abril de 1988; voto particular formulado por los Magistrados don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

<sup>399</sup> Jiménez Campo sostiene que la justiciabilidad es un criterio para identificar con carácter general, el derecho subjetivo y también el derecho creado por la Constitución, hasta el extremo que la privación legislativa de defensa jurisdiccional lesionaría el propio contenido del derecho fundamental comprometido; J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales Concepto y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, S.A., 1999, p.23.

derecho fundamental de acceso a un ámbito<sup>400</sup>, tal y como ocurre con el derecho al trabajo o a la propiedad privada, en donde siempre y cuando se respeten las condiciones establecidas por la ley, existirá la facultad de acceder y permanecer en el mercado o de iniciar y desarrollar actividades orientadas a la producción de bienes o servicios destinados al mismo.

### 2.3. ¿ES LA LIBERTAD DE EMPRESA UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL?

Antes de realizar un análisis sobre la existencia o no del contenido esencial de nuestro objeto de estudio, es justo reconocer que existen opiniones al respecto que proponen que se trata de una garantía institucional<sup>401</sup>, y es válido mostrarlas y determinar en qué se basan.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha creado cierta duda sobre si la libertad de empresa posee o no carácter de garantía institucional, esto lo ha hecho cuando al mismo tiempo le ha otorgado diversos caracteres, estableciendo que "...la libertad de empresa, junto con su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico..."<sup>402</sup>

Sobre lo manifestado por el Tribunal Constitucional debemos preguntarnos si la libertad de empresa sencillamente otorga una serie de facultades a sus titulares

---

<sup>400</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, "*Sistema de...*", Madrid, ob. cit., p. 456.

<sup>401</sup> Se ha señalado que la teoría de la garantía institucional concebida por Martin Wolff, ampliada por Carl Schmitt y por el Tribunal Constitucional Federal alemán, es una prohibición dirigida al legislador en el sentido de no eliminar o modificar fundamentalmente determinadas instituciones jurídicas del derecho privado. Las instituciones jurídicas del derecho privado son complejos de normas que consisten esencialmente en normas de competencia. La garantía institucional es, pues, en primera línea, una prohibición dirigida al legislador de no eliminar determinadas competencias del ciudadano. Si a esta prohibición no corresponde ningún derecho del ciudadano, la protección es (meramente) objetiva. La teoría de la garantía institucional se limita a la aseveración de que existe una tal protección objetiva. Pero si a la prohibición corresponden derechos del ciudadano, entonces la protección es también subjetiva. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 237-238.

<sup>402</sup> STC 227/1993, FJ.4, de fecha 9 de julio de 1993.

(dimensión subjetiva) o si también sirve como protección de un determinado sistema económico (dimensión objetiva).

Además de cuestionarnos sobre si la garantía del derecho recae sobre el elemento subjetivo o también sobre el objetivo. Si éste último fuera el caso, tendríamos que analizar cómo hacerlo compatible con la obligación que tiene el estado de intervenir para hacer efectivos otros derechos, bienes y objetivos constitucionales, porque el estado ostenta la obligación de crear las condiciones que permitan un eficaz desarrollo del sistema económico que el mismo estado protege, y controla a través de la regulación del mismo.

Siguiendo la línea del Tribunal Constitucional, que sostiene que estamos en presencia de una garantía institucional, podemos afirmar que el legislador es bastante libre a la hora de configurar las facultades del titular, pero que tiene un límite en la economía de mercado, que es el ámbito auténticamente protegido por la libertad de empresa<sup>403</sup>.

El Tribunal referido ha apuntado al mismo respecto, que “...la doctrina de este Tribunal ya ha establecido que este derecho constitucional, - en el que predomina el carácter de garantía institucional, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa – de un lado viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad”,<sup>404</sup> y en ese mismo sentido ha afirmado que en el artículo 38 CE “...predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional y por ello no son aplicables ni la reserva de ley ni la idea de contenido esencial”<sup>405</sup>. Con esta última afirmación, nos preguntamos entonces si la idea de derecho fundamental y garantía institucional son excluyentes, ya que así se desprende de la idea del Tribunal.

---

<sup>403</sup> Cabe insistir en la idea de que derecho fundamental y garantía institucional no son (al menos en la Constitución española) categorías homogéneas o comparables. El concepto de derecho fundamental tiene en dicha Constitución un significado no unitario ya que no se describe una sola categoría técnica jurídica, sino que agrupa a varias de ellas. Por el contrario, la noción de garantía institucional» tiene un preciso significado técnico-jurídico, es decir, garantía constitucional de una organización o institución.

<sup>404</sup> STC 225/ 1993, F.J.3, de fecha 8 de julio de 1993.

<sup>405</sup> STC 83/1984 F.J.3, de fecha 24 de julio de 1984.

Ahora bien, valiéndonos de la doctrina, procedamos a analizar la noción de *garantía institucional*, que ha sido definida en los términos siguientes: “desde un punto de vista formal, consiste en una fijación constitucional, dotada de una eficacia reforzada; y desde un punto de vista sustantivo, esa fijación por Ley constitucional se refiere a concretos y determinados factores con una función fundamental y propia de ordenación de la comunidad constituida”<sup>406</sup>; asimismo, una parte de ella, defiende que si la libertad de empresa es un derecho subjetivo, de ninguna manera puede ser a la vez, una garantía institucional, por tratarse de figuras cualitativamente distintas<sup>407</sup>; sin embargo hay quienes afirman que los derechos fundamentales engloban las garantías de instituto, dada su dimensión objetiva<sup>408</sup>, y de ello resulta que el contenido esencial de los mismos es una garantía institucional.

Esta confusión se debe al mismo Tribunal Constitucional quien manifestó: “derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente existan garantías institucionales que, como la autonomía local no están configuradas como derechos fundamentales”<sup>409</sup>.

De lo anterior se entiende que para el Tribunal referido, el contenido esencial que protege el derecho fundamental no es algo notoriamente distinto de lo que protege la garantía institucional, y de esto tenemos que la *garantía institucional* es una condición que se debe a la aportación de la doctrina alemana, cuya noción es perseguir la protección del legislador sobre aquellas instituciones que se encuentran en la

---

<sup>406</sup> Cfr. E. Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, E. Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1979, p. 13, cit. por L. Parejo Alfonso, *Garantía Institucional y Autonomías Locales*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 36.

<sup>407</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad...*”, Navarra, ob. cit., p. 184.

<sup>408</sup> Para Pérez Luño, el contenido esencial de los derechos fundamentales es una garantía institucional, que hacer referencia a los fines objetivamente establecidos por la Constitución, en: A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

<sup>409</sup> STC 26/ 1987, F.J.4, de fecha 27 de enero de 1987.

Constitución, y prohíbe destruir su "imagen maestra" (*Leit-Bild*)<sup>410</sup>, las instituciones pueden ser públicas, privadas o determinadas manifestaciones sociales.

El Tribunal Constitucional se refiere a ellas como "formaciones organizativas" y se protegen las que se consideran "componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales" y continúa diciendo que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"<sup>411</sup>.

De modo que podemos pensar que al tratarse precisamente la libertad de empresa de una actividad organizada, es en donde el Tribunal ha querido enmarcarla bajo la categoría de garantía institucional o garantía de instituto, ya que es precisamente el derecho a la libertad de ejercer actividades organizadas, lo que se está garantizando, es su ejercicio y nada más<sup>412</sup>.

La tesis sostenida por *Ignacio de Otto*, con la que concuerdo, es que los derechos fundamentales son poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionales abstractas, y es distinto a lo que ocurre con las garantías de instituto, que carecen de contenido esencial, en sus palabras: "tan sólo hay una constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no de una concreta configuración"<sup>413</sup>. Lo que garantiza, en este caso la libertad de empresa,

---

<sup>410</sup> La imagen maestra sería aquella condición que es resistente al legislador, pero no lo es para el paso del tiempo, incluso el mismo legislador podría procurar la evolución de la misma, con el tiempo, según A. Cidoncha, *Ibíd.*, p. 121.

<sup>411</sup> STC. 32/ 1981 F.J.3, de fecha 28 de julio de 1981.

<sup>412</sup> La STC 26/1987, de 27 de febrero, sobre la Ley de Reforma Universitaria, pretende plantear la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional para calificar la autonomía universitaria. Para el Tribunal, como la autonomía universitaria es un derecho fundamental y no una garantía institucional, el legislador tiene menos libertad de acción. El derecho fundamental ofrece, según esta tesis, mayor resistencia a la acción del legislador. La garantía institucional es más vulnerable.

<sup>413</sup> Cfr. L. Martín Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1988, p. 101.

es la libertad de llevar a cabo actividades organizadas, garantizando el ejercicio de las mismas.

Pues bien, la garantía institucional persigue una especial protección de su objeto, más allá de la defensa que resulta por la simple existencia de un titular de la institución o de la actuación por los beneficiarios de ésta de los derechos fundamentales. Y sin bien es cierto, las categorías de derecho fundamental y de garantía institucional no son opuestas entre sí, tampoco se puede entender a las mismas como equiparables, esto resulta de que ambas figuras protegen a los elementos: contenido esencial y garantía institucional, (o instituto), respectivamente; además, el objeto de protección (contenido esencial), se encuentra preservado del mismo agente: el legislador, ante su desnaturalización, o incluso su eliminación, y por lo tanto podemos decir que cumplen con una misma función, y cuya protección corresponde al Tribunal Constitucional; sin embargo el objeto de protección es distinto: en un caso se protegen derechos subjetivos, y en el otro, instituciones públicas, privadas, sociales o económicas<sup>414</sup>.

De igual manera, es válido afirmar que la idea de contenido esencial nos lleva a la construcción de derechos y libertades, que es todo lo contrario a lo que ocurre en el caso de la garantía institucional, que como ha sido definido por Otto y Pardo, “ la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración”<sup>415</sup>, de manera que sólo ampara la existencia de dichas instituciones pero no su concreta configuración, que es muy distinto de la labor que realiza la garantía del contenido esencial, como veremos enseguida.

---

<sup>414</sup> Protección que la Constitución otorga a determinadas organizaciones o instituciones, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para el legislador. Frente a los derechos fundamentales, cuyos titulares son los individuos, en la garantía institucional el titular es la institución. Ejemplos de instituciones garantizadas por la Constitución Española de 1978 son los partidos políticos (art. 6 CE) o los sindicatos (art. 28 CE)

<sup>415</sup> *Ibidem.*, p. 126.

## 2.4. ¿EXISTE UN CONTENIDO ESENCIAL EN LA LIBERTAD DE EMPRESA?

Como hemos podido observar, es necesario que las diversas manifestaciones de la libertad de empresa, como cualquier otro derecho fundamental recogido en la sección Segunda del Capítulo II del Título I de la Constitución, requieran de una regulación de desarrollo para su ejercicio y protección, en virtud del artículo 53.1 CE, siempre y cuando y como ya se ha mencionado, el legislador no lesione el *contenido esencial*<sup>416</sup> de la libertad de empresa; entonces, cabe preguntarse qué es ese contenido presente en el derecho que hoy nos ocupa, si es que lo hay.

Antes de desarrollar dicha cuestión, considero oportuno esclarecer qué entendemos por contenido esencial de un derecho fundamental<sup>417</sup>. La noción que emana del artículo 53.1 CE, deriva del artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*)<sup>418</sup>, referido a aquellos casos en los que los derechos fundamentales pueden verse restringidos por ley, de manera que atribuye al legislador en su función de desarrollar el ejercicio del derecho fundamental, la facultad de limitar el mismo. Resulta interesante evaluar este límite de la actividad normativa del legislador<sup>419</sup>, para saber a qué tipo de límite y a qué tipo de actividad legislativa está refiriéndose.

---

<sup>416</sup> No determina la Constitución cual debe ser este contenido esencial, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional el resolver las controversias que al respecto puedan plantearse. SSTC 37/1981 de fecha 16 de noviembre de 1981 y 109/2003, de fecha 5 de julio de 2003.

<sup>417</sup> El concepto de "garantía institucional" es distinto del concepto de "derecho constitucional", porque no consiste en la formulación de un derecho sino en una declaración constitucional de reconocimiento y preservación de una institución. La institución que se reconoce a nivel constitucional debe ser preservada como tal, de modo que si el ordenamiento jurídico al regular la institución en cuestión nos devolviese una imagen de la misma difícil de identificar como tal se estaría incumpliendo la garantía institucional.

<sup>418</sup> El artículo 19 de la Constitución Alemana determina en sus incisos 1 y 2: Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.

<sup>419</sup> Cfr. A.-L. Martínez-Pujalte, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 19.



Así pues, recurrimos a la doctrina, que se refiere al concepto de contenido esencial como *límite de los límites*<sup>420</sup> o *una restricción de las restricciones*<sup>421</sup>, aunque el artículo 53.1 CE en ningún momento habla de limitar sino sólo de regular al derecho fundamental, contrario al artículo del que está inspirado, el 19.2 de la Constitución alemana que sí propone la noción de limitación, de manera que la garantía del contenido esencial es concebida como límite de los límites porque precisamente pone un límite a la facultad de limitar<sup>422</sup>, porque impone al legislador una muralla más allá de la cual no puede trascender, la ley limitadora de los derechos fundamentales no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad ese terreno intraspasable, señalado por el contenido esencial de los mismos.

De tal manera que dicho artículo alemán cumple una función importante, en el sentido que proporciona una ineludible seguridad a los derechos fundamentales y consecuentemente seguridad jurídica, al impedir la violación de los mismos por “desatención de los principios constitucionales y jurídico-fundamentales inmanentes”<sup>423</sup>.

Ahora bien, es necesario reconocer en los derechos consagrados en la Constitución<sup>424</sup>, este contenido esencial, pero a su vez, reconocer el carácter limitable de los mismos, de modo que todas las normas constitucionales resulten concordantes, para suponer que ningún derecho puede sacrificarse en su totalidad frente a los demás derechos o bienes, y las limitaciones que éstos imponen, se

---

<sup>420</sup> Cfr. M. Medina Guerrero, *La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 145.

<sup>421</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derecho Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 257.

<sup>422</sup> Cfr. L. Martín Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1988, p. 126.

<sup>423</sup> Cfr. M. Lorenzo Rodríguez-Armas, *Análisis del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Granada, Comares, 1996, p. 132.

<sup>424</sup> De forma que el derecho constitucional puede desarrollarse por ley, en unos casos ordinaria, en otros especial (en España, denominada ley orgánica), siempre y en todo caso, la ley ha de respetar dicho contenido esencial que resulta así indisponible para el legislador. Sin embargo, a veces es difícil extraer de la Constitución con absoluta claridad los confines de ese contenido esencial que el legislador debe respetar, en donde se requiere de la intervención de la jurisdicción constitucional.

encuentran al mismo tiempo limitadas por la necesidad de respetar el derecho reconocido constitucionalmente<sup>425</sup>.

De tal suerte que la función del contenido esencial es ofrecer un parámetro que permita valorar si el legislador que restringe el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, para salvaguardar otros derechos o bienes constitucionales, *comprime*<sup>426</sup> o no dicho contenido, y no nos encontramos ante la desvirtuación del mismo.

Asimismo, se debe tener presente que esta restricción vincula al legislador, quien “es libre al ordenar los medios de tutela de los derechos y de los intereses legítimos y, en el marco de esta tutela, establecer el régimen de los recursos, siempre que respete el contenido esencial”<sup>427</sup> así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional.

Lo anterior se entiende en el sentido en que la calificación de *contenido esencial* va encaminada a preservar el objeto protegido por el derecho fundamental, de modo tal que lo *esencial* perdure pese a los cambios provocados por su ejercicio, así el juez constitucional es garante de la integridad del derecho fundamental y de la actividad del legislador al momento de su configuración legal<sup>428</sup>, ello en virtud de que cualquier ley de desarrollo de los derechos fundamentales es susceptible de ser controlada constitucionalmente<sup>429</sup>.

Tanto la doctrina española como la alemana han aceptado dos teorías que explican éste límite del contenido esencial: la teoría relativa y la absoluta, la primera de ellas sostiene que cualquier restricción a los derechos fundamentales debe encontrarse

---

<sup>425</sup> Cfr. L. Martín Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Ibid.*, p. 127.

<sup>426</sup> Cfr. M. Medina Guerrero, *La Vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 146.

<sup>427</sup> STC 123/1983, FJ. 3, de fecha 16 de diciembre de 1983.

<sup>428</sup> Cfr. J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales Concepto y Garantías*, Madrid, Trotta S.A., 1999, p.69.

<sup>429</sup> Cfr. J. C. Gavara de Cara, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental I de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 194.

justificada<sup>430</sup>, es decir, realizar un análisis que evalúe si la intromisión del legislador limitando el derecho, se encuentra justificada y éste juicio se sustenta en lo que la doctrina alemana ha denominado como “principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>431</sup>”, cuyos elementos son: examinar si la medida limitante se adecua al bien que se ha pretendido proteger, analizar si ha sido necesario lesionar el derecho para el fin que se persigue y el principio de proporcionalidad<sup>432</sup> en un sentido estricto, que valora si la lesión causada es proporcional al fin que con ella se persigue<sup>433</sup>.

Por tanto, se dice que el contenido esencial es respetado mientras la limitación de la que ha sido objeto el derecho fundamental, se encuentra justificada. Por su parte, la teoría absoluta identifica en cada derecho un núcleo, precisamente el llamado contenido esencial, y otra parte accesorio, que es la que el legislador puede limitar, dejando el *contenido esencial*, como un ámbito mínimo inmune a la intervención del Estado<sup>434</sup>.

---

<sup>430</sup> Cfr. A.-L. Martínez-Pujalte, *Ibid*, p. 20.

<sup>431</sup> Para el Tribunal Federal Alemán, el principio de proporcionalidad establece convencionalmente una triple exigencia a las leyes limitadoras de derechos fundamentales, cuales son, en primer lugar, la exigencia de *idoneidad* o *adecuación* (*Geeignetheit*), así como la de *necesidad* (*Erforderlichkeit*) de la limitación para lograr el fin que con ella se persigue, para lo cual no debe existir medio menos gravoso mediante el que tal fin también podría lograrse, y en tercer lugar, la exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto* (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación. Cfr. M. Bacigalupo Saggese, *La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, *en: Revista española de derecho constitucional*, Año N° 13, N° 38, 1993, pp. 299-300.

<sup>432</sup> En el caso de la sentencia "Handyside vrs. Reino Unido", de fecha 29 de abril de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera la proporcionalidad del "objetivo legítimo" perseguido no como una condición independiente o autónoma, sino como un corolario llamada "necesidad en una sociedad democrática". Esta doctrina fue posteriormente reafirmada, en relación al tema de respeto de la vida familiar de la sentencia Olsson vrs. Suecia en la que el Tribunal dice: "la noción de necesidad implica una interferencia sobre la base de una necesidad social imperiosa y, en particularmente proporcional a la finalidad legítima perseguida". (Ambas son Sentencias sobre la Libertad de expresión). Cit. por: G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della corte europea dei diritti dell'uomo*, *en: Europa e diritto privato*, 2011, p. 427.

<sup>433</sup> Cfr. R. Alexy, *Ibid*., p. 259.

<sup>434</sup> Cfr. Ludwig Schneider, *Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Berlín, Duncker und Humblot, 1983, p. 201 y ss. Cit. por A.-L. Martínez-Pujalte, *Ibid*, p. 20.

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha aportado a este tema la afirmación de que el contenido esencial “es aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad”<sup>435</sup>, expresión de la cual deducimos que existe otra parte del derecho, la accesorio, y por tanto, la parte que si admite limitaciones impuestas por la facultad del legislador siempre y cuando se justifique mediante el principio de proporcionalidad<sup>436</sup>, siguiendo de esa manera la línea de la teoría relativa, que vimos anteriormente. Bajo ese mismo criterio, el Tribunal destaca que esa *parte necesaria*, lo es para que el titular del derecho pueda satisfacer las facultades que el mismo le otorga.

No obstante, nuestro objetivo no es detenernos en el análisis de la naturaleza del contenido esencial de los derechos fundamentales, sino encontrar éste en el derecho a la libertad de empresa, que como veremos enseguida, es un derecho potencialmente limitable, y por tanto al realizar un estudio jurisprudencial del mismo, podríamos encontrarnos frente a un problema de constitucionalidad de las limitaciones que han sido establecidas por la ley; aunque como ya hemos analizado, el artículo 53.1 CE establece que cualquier limitación establecida por la ley es constitucional cuando respeta el contenido esencial del derecho fundamental.

Por tanto, es importante determinar ambos, el contenido *prima facie* o su determinación positiva, y los límites o determinación negativa de la libertad de empresa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español no ha definido la cuestión de su naturaleza, como vimos en el capítulo anterior, y considero que es pertinente volver atrás e intentar esclarecer las cuestiones que la jurisprudencia constitucional ha dejado como imprecisas, en virtud de que para el Tribunal referido, y tal y como

---

<sup>435</sup> STC 11/1981, FJ.8 y 10. Al tenor literal de la Sentencia: “Entendemos por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya constitución el derecho se otorga”.

<sup>436</sup> El principio de proporcionalidad cumple la función de determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de constitucionalidad de las leyes. Cfr. C. Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 75.

lo veremos a continuación, la libertad de empresa merece ostentar la calidad de derecho fundamental y al mismo tiempo de garantía institucional, y para la doctrina éstos dos atributos no pueden ir de la mano, sobre todo si se ha declarado que la libertad de empresa posee un contenido esencial<sup>437</sup>.

De tal manera que procederemos a encontrar entre las razones expuestas por el Tribunal relacionado cual es el carácter con que debe ser considerada la libertad de empresa, o si es posible considerarla bajo ambas características, y más aún cómo se supone que el legislador debe entender tal derecho, al momento de desarrollarlo en la legislación tomando en cuenta las condiciones para su limitación<sup>438</sup>.

Para Ariño Ortiz, es necesario plantearse de qué forma es posible determinar el “contenido esencial” de la libertad de empresa, es decir, qué elementos o facultades concretas, propias del empresario, constituyen su núcleo fijo e indestructible. En caso, contrario, si no es posible establecer ese “núcleo duro, que ni siquiera el legislador puede traspasar, podría llegarse a un punto en el que, a base de sucesivas limitaciones, la libertad de empresa resultase sencillamente irreconocible”<sup>439</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado a la tarea de definir dicho contenido, sino que se ha limitado a afirmar que la “libertad de empresa está garantizada”<sup>440</sup>. A secas podríamos decir que la Constitución española se ha limitado a garantizar institucionalmente la existencia de una economía de mercado y, por tanto, a prohibir la eliminación generalizada de la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas.

---

<sup>437</sup> Recordemos que el derecho constitucional tiene un contenido esencial del que carece la garantía institucional, por tanto, una libertad como la que hoy nos ocupa, no puede considerarse ambas cosas al mismo tiempo.

<sup>438</sup> Las razones que pueden justificar a los poderes públicos para limitar la libertad de empresa son muy amplias, todas las que caben en las exigencias de la economía general y en las tareas propias del Estado Social. Por tanto, invocar esas razones no basta, no debe bastar para sacrificar la libertad de empresa. Eso no sería respetar el contenido esencial de la libertad de empresa. Es necesario algo más, como se procede con los demás derechos fundamentales.

<sup>439</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, p. 217.

<sup>440</sup> STC 29/1986, de fecha 20 de febrero de 1986.

Igualmente, el mercado es un efecto sistemático que genera el reconocimiento de los derechos individuales de carácter económico: el reconocimiento de las libertades económicas como derechos fundamentales genera un entorno institucional de garantía del mercado<sup>441</sup> como mecanismo de asignación de recursos por lo que es correcto afirmar que la libertad de mercado es una consecuencia o efecto mediato de la garantía de las libertades económicas individuales al realizar una determinación positiva, es decir, determinar el contenido del derecho y una determinación negativa determinando los límites o las fuentes constitucionales de limitación del derecho.

Asimismo, si nos referimos al *contenido esencial* del sistema económico<sup>442</sup>, a su garantía proveen tanto el instituto como los derechos fundamentales consagrados, e implica un límite a la acción del legislador, el respeto al *contenido esencial* del derecho a la propiedad privada, del mercado y de la libertad de empresa. Esto significa que allí donde los bienes no sean de propiedad pública, la ley podrá introducir limitaciones al ejercicio de la propiedad privada, pero no hasta el punto de hacerla impracticable. Por lo mismo, en los sectores de mercado, las limitaciones legales no pueden eliminar en la práctica ni la libertad de empresa ni el mercado. El artículo 38 CE trata de una garantía puramente abstracta y general, que observa sobre todo al objeto protegido, se garantiza la existencia y el contenido esencial del objeto de la norma constitucional en cuestión.

---

<sup>441</sup> El modelo ordoliberal, de tutela y garantía al mercado, se pone de manifiesto en esta cuestión, en donde vemos cómo la lucha estadounidense "anti trust" se incorpora al mundo comunitario no en contraposición al ideario inspirador del proyecto. La caracterización de la Comunidad como Estado regulador ilustra la actividad de los órganos comunitarios en

la garantía del mercado. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de Derecho Constitucional Europeo, N.º. 8, 2007, p.55-56.

<sup>442</sup> Una parte de la doctrina italiana también ha propuesto utilizar la distinción entre la "iniciativa" y el "desarrollo" para atribuir a cada uno de estos momentos del contenido de la libertad de empresa un grado diferente de rigidez constitucional. La interpretación textual del art. 41 CI, parece respaldar la distinción entre "iniciativa" y "desarrollo". La Constitución italiana utiliza un enunciado afirmativo para referirse a la iniciativa (l'iniziativa economica privata è libera), mientras que dedica al desarrollo de la actividad una fórmula negativa condicionada además a través de la idea de función social (non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale), cit. por: I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 26.

El contenido esencial de la libertad de empresa es según el Tribunal Constitucional español, que declaró en su Sentencia 83/1984<sup>443</sup> que el artículo 38 CE no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. La referida Sentencia manifiesta lo que comprende y lo que no comprende la libertad de empresa, siendo lo que no comprende: *el libre acceso a toda actividad económica*, en relación con distintos sectores económicos, el ciudadano sólo tiene derecho a iniciar una actividad económica cuando el legislador lo permita expresamente, o no lo prohíba, por cuanto, las facultades y posibilidades de actuación de la libertad de empresa en cada sector económico está a expensas de la decisión del legislador, y que se configura como un derecho de permiso legal.

Por su parte, el profesor Fritz Ossenbühl<sup>444</sup>, ha propuesto un esquema de análisis, del contenido esencial de la libertad de empresa<sup>445</sup>, en donde encontramos que los ámbitos o aspectos esenciales de la libertad de empresa son: La libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; libertad de organización: de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección; libertad de dirección: de producción, de inversión, de política comercial, de precios, de competencia leal y de contratación. Las facultades que integran cada uno de esos ámbitos y sus posibles limitaciones, la desarrollaremos en el capítulo cuarto de estudio, en donde nos corresponde examinar al mercado como el ámbito de desarrollo de la libertad de empresa.

---

<sup>443</sup> STC 83/1984. F. J. 3, de fecha 24 de julio de 1984.

<sup>444</sup> Cfr. F. Ossenbühl, *Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn*, en: Revista Española de Derecho Constitucional número 32, 1991, p. 9 y ss. Á. Rojo, *Actividad económica pública y privada*, Revista española de Derecho Mercantil, No. 169-170 p. 325 y ss.

<sup>445</sup> Advertimos que, si bien ésta teoría ha sido especialmente diseñada para identificar el contenido de los derechos fundamentales, consideramos que también es aplicable para explicar el contenido esencial de la libertad de empresa, siempre que: a) es un derecho constitucionalmente reconocido; b) es un derecho al cual el Tribunal Constitucional ha reconocido la utilización de la teoría del núcleo esencial y frecuentemente le ha aplicado el criterio de la ponderación (criterio base esta teoría).

## 2.5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

Iniciamos este apartado analizando la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, sobre la Ley de Reforma Universitaria, que ha suscitado la necesidad de reflexionar sobre la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional, en ese caso, para calificar la autonomía universitaria. Para el Tribunal Constitucional, como la autonomía universitaria es un derecho fundamental y no una garantía institucional, el legislador tiene menos libertad de acción<sup>446</sup>.

Y en ese orden de ideas, podemos trasladar nuestro análisis al derecho cuyo estudio nos ocupa, de tal suerte que podemos decir que si un derecho fundamental ostenta una mayor resistencia a la labor del legislador, consecuentemente, la garantía institucional es más vulnerable<sup>447</sup>. La citada Sentencia 26/1987 contiene el voto particular del magistrado Rubio Llorente, que busca aclarar el motivo por el cual se tiende a no distinguir entre la garantía institucional de la categoría de derecho fundamental, en la que sostiene que: “la idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece esta distinción, sino variedades de los derechos fundamentales, como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad, o en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades básicas”<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 8, N° 24, 1988, p. 155.

<sup>447</sup> *Ibidem.*, p. 156.

<sup>448</sup> STC 26/1987. F.J. 2, de 27 de febrero de 1987.



El Tribunal Constitucional ha advertido que es a quien se le debe atribuir la tarea de analizar el contenido esencial de los derechos, manifestando que: “No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (...), corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación”.

Sin embargo, en la misma ocasión, ha declarado que es innecesario determinar el contenido esencial de la libertad de empresa diciendo: “No hay, pues, lugar a entrar en el análisis de qué es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cuál sea el contenido esencial de esta libertad, que en todo caso ha de ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del art. 128.1 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del art. 131 CE<sup>449</sup>, sino sólo en la precisión de cuál sea el alcance de la reserva de ley que la garantiza”<sup>450</sup>.

Así pues, tenemos que respecto a la libertad de empresa, el citado Tribunal se ha mostrado impreciso y ambiguo, y sin delimitar de manera clara el contenido esencial de la libertad de empresa<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> La protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad garantizada por los Poderes públicos de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación, es una fórmula que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 29/1986), debe ser interpretada en el conjunto del texto de la Constitución con especial referencia al artículo 131 y su apelación a una opción planificadora, que como consecuencia de la experiencia de los últimos años ha variado enormemente, no pudiendo entenderse como un "instrumento operativo general del Estado" sino, por el contrario, como una programación de desarrollo regional elaborada por las Comunidades Autónomas y coordinada por el Estado. STC 29/1986, F.J. 1 y 2, de fecha 20 de febrero de 1986.

<sup>450</sup> STC 37/1981. F.J. 2, de fecha 16 de noviembre de 1981.

<sup>451</sup> En relación a las habilitaciones, se sostiene que los poderes públicos en la medida de su competencia, podrán hacer uso de las habilitaciones contenidas en la Constitución para la consecución de los fines que la misma ampara, y con el límite del respeto a los derechos reconocidos en su Título I. De forma que, de nuevo, nos encontramos ante la interrogante de la interpretación del art. 38 CE sobre éste tema: E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. Nº 71, mayo-agosto 2004, pp. 124-125

Cabe destacar, sobre el derecho que tienen los titulares del objeto de estudio que hoy nos ocupa, que según el Tribunal Constitucional español, que declaró en su Sentencia 83/1984 que el artículo 38 CE no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial<sup>452</sup>.

De lo anterior podemos deducir que es lo que está contenido dentro del marco de protección de la libertad de empresa y lo que ésta no contiene, aunque el Tribunal no ha especificado el contenido esencial de este derecho. Siendo lo que no comprende, un derecho que posibilite la libertad de acceder a cualquier actividad económica, mientras ésta sea lícita y se encuentre permitida por el ordenamiento jurídico; y, además, el empresario que decida emprender dicha actividad se encontrará supeditado a las regulaciones que disponga el legislador para el ejercicio de la misma.

La referida Sentencia manifiesta que la libertad de empresa, no comprende el libre acceso a toda actividad económica, en relación con distintos sectores económicos, el ciudadano sólo tiene derecho a iniciar una actividad económica cuando el legislador lo permita expresamente, o no lo prohíba, por cuanto, las facultades y posibilidades de actuación de la libertad de empresa en cada sector económico está a expensas de la decisión del legislador, y que se configura como un derecho de *permiso legal*.

Por otra parte, la Sentencia, 225/1993, de fecha 8 de julio de 1993, contra varias disposiciones de la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, de 29 de diciembre; afirma que la normativa que limita la libertad de los comerciantes para decidir los horarios de apertura de sus establecimientos no puede afectar al ámbito protegido por la libertad de empresa. Asimismo, afirma cuando existe un límite al derecho de Propiedad y cuándo uno a la libre empresa, y a su vez, cuándo debe aplicarse una u otra garantía

---

<sup>452</sup> STC 83/1984. F. J. 3, de fecha 24 de julio de 1984.

En el apartado B del fundamento jurídico de la misma sentencia el Tribunal, manifiesta que en la doctrina por él mismo establecida, -en donde predomina "*el carácter de garantía institucional*", (haciendo referencia, una vez más, a la SSTC 83/1984 y 123/1991)<sup>453</sup>, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa (STC 88/1986), de un lado "*viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad*".

La Sentencia continúa manifestando que dichos límites cuyo mantenimiento, como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, "*está asegurado por una doble garantía, la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo que el legislador no puede disponer, de un contenido esencial (art. 53.1 C.E.)*" (STC 37/1981). Pero de otro lado, el art. 38 C.E. puede justificar las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la ordenación del mercado, mediante medidas dirigidas a "*evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas*"; por lo que la defensa de la competencia, según se ha dicho en la STC 88/1986, aparece así "*como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste*".

A través de esta sentencia, no es posible determinar el proceso o mecanismo de control de constitucionalidad de los límites a la libertad de empresa de los que se vale el Tribunal Constitucional en referencia, para reconocer al legislador una facultad suficientemente amplia para regular el ejercicio de la libertad de empresa. Dicho Tribunal ha restringido el control de constitucionalidad a la aplicación de un juicio de mera razonabilidad<sup>454</sup>, que descarta aquellas intervenciones legislativas que resultan manifiestamente injustificadas.

---

<sup>453</sup> STC 83/1994 de fecha 24 de julio, y STC 123/1991 de fecha 23 de junio.

<sup>454</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, pp. 8-9.

Asimismo, interpreta cuáles son los motivos de interés general que justifican una limitación de la libertad de empresa. En la STC 227/1993<sup>455</sup>, este derecho *"se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos"*.

No obstante, otra de las razones de interés general que podrían ser invocadas por el legislador para justificar esa razonabilidad de los límites a la libertad de empresa, es el interés general en virtud de fines económicos; y dentro de la Constitución encontramos los artículos 130.1 y 131.1, con disposiciones económicas que habilitan al Estado para intervenir en la economía, como las exigencias públicas, la modernización o actualización e innovación en el desarrollo de todos los sectores económicos, el crecimiento de la renta, una distribución más justa de la riqueza o la equiparación del desarrollo regional y sectorial.

En la STC 66/1991<sup>456</sup>, el Tribunal en mención ha llevado a cabo el control de proporcionalidad del art. 38 CE, en virtud de una norma sin rango de ley de la Comunidad de Castilla y León, que limitaba evidentemente la libertad de empresa y obstaculizaba la libre circulación de mercancías, protegida por el art. 139.2 CE. Este Tribunal, aplicando este control superficial de los límites a la libertad de empresa, ha mantenido que la exigencia de una licencia comercial para la apertura de determinados establecimientos comerciales resulta plenamente compatible con la Constitución<sup>457</sup>.

En resumen, podemos observar que el control de constitucionalidad en la libertad de empresa se ve afectado tanto por la falta de claridad en la delimitación de su

---

<sup>455</sup> STC 227/1993, F.J. 4, de fecha 9 julio de 1993.

<sup>456</sup> STC 66/1991, F.J. 2, de fecha 22 de marzo de 1991, que señala: "(...) la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencia más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación".

<sup>457</sup> Cfr. A. M. García Cuadrado, *Sistema Constitucional de derechos y libertades*, Tomo I, Editorial Club Universitario, Alicante, 1999, p. 172.

naturaleza jurídica y la falta de un verdadero parámetro establecido para la labor del legislador, prácticamente cada caso en concreto debe ser estudiado de tal forma que la libertad de empresa sea respetada en función de eficacia de las actuaciones de sus titulares como en función de la protección al buen desarrollo del mercado, y como en función de la protección del interés general; de modo que dicho control *"sólo puede operarse con los límites a la potestad legislativa, puesto que fuera de ellos ésta es libre y opera con criterios políticos no enjuiciables"*<sup>458</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>458</sup> Cfr. A. Luciano Parejo, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en: Revista española de Derecho Constitucional, Año N° 1, N° 3, 1981, p. 169.

## CAPITULO 3

### REGIMEN JURIDICO COMUNITARIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MERCADO DE LA UNION EUROPEA

#### 3.1. MODELO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de introducirnos al estudio del modelo económico y social de la Unión Europea<sup>459</sup>, y en el marco de estudio que contiene a la libertad de empresa en éste ámbito, es preciso recordar de manera breve los orígenes de la misma, para poder analizar el proceso y los distintos contextos históricos y económicos<sup>460</sup> que han determinado la estructura que la compone en la actualidad. Así como los diversos factores y múltiples eventos que han acompañado a la experiencia comunitaria que hoy nos ocupa.

La construcción comunitaria se suscita a partir del elemento determinante que es en primer lugar, una integración esencialmente económica, y en un contexto que pretende preservar al Estado social originado tras la Segunda postguerra Mundial en Europa. No obstante, hay quienes aseguran que la integración económica no era el fin sino un medio para conseguir la paz en el continente europeo, y al mismo tiempo alcanzar gradualmente, *una unión política*<sup>461</sup> *federal*<sup>462</sup>.

---

<sup>459</sup> Actualmente la Unión Europea es el reflejo de un dinamismo interdisciplinar. Y para analizar dicho proceso de integración es necesario estudiarlo a partir del modelo económico, social y el ámbito político de la misma. De manera que se puedan caracterizar y verificar los límites de la integración comunitaria. Cfr. J.A. Nieto Solís, *Modelo económico, perfil social y dimensión política, caracterización y asimetrías de la integración europea*, en: Revista de economía mundial, N° 1, 1999, Madrid, pp. 97-112.

<sup>460</sup> Se afirma que dicho contexto histórico, se caracteriza por ser una etapa de constitucionalización de los derechos sociales, extensión de la democracia, ampliación de los derechos fundamentales y tecnificación del aparato constitucional, que inicia durante la Primera Guerra Mundial y se acentúa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, mediante la garantía estatal de condiciones mínimas de existencia material del individuo. Cfr. R. Aguilera Portales y D. R. Espino Tapia, *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho*, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, p. 117.

<sup>461</sup> Como veremos a continuación, una vez que se consolidó la Unión Monetaria, la nueva situación requiere nuevos pasos, es decir, la armonización fiscal y la armonización social, y finalmente esa

Nos ubicamos de esta manera, en el periodo que tenía como propósito la recuperación del Estado tanto a nivel nacional como internacional, y que a la vez, entendemos como la aparición del *Estado social*, bajo dos circunstancias: en primer lugar, una “necesaria recuperación, de acumulación y crecimiento, en el orden estructural del desarrollo de las fuerzas productivas con la revolución tecnológica<sup>463</sup> y de las relaciones de producción”; así como también una: “relevancia económica, social y política del trabajo” tanto por la especial exigencia que tiene éste último en el proceso productivo, como por los niveles de organización y fuerza alcanzados<sup>464</sup>.

Siendo el objetivo común la recuperación del Estado, a nivel nacional (en cada uno de los Estados) lo más relevante era la *constitucionalización*<sup>465</sup> del Estado social, como un factor de legitimación de la nueva organización política, que en el texto fundamental se vale de la integración del capital y el trabajo<sup>466</sup>, de tal manera que en el espacio interno de los Estados europeos se inicia una reconstrucción de la relaciones políticas y económicas que se van instaurando acompañadas de un

---

*autoridad común* a la que se referían los fundadores, es decir una unión política. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: *Política y sociedad*, N° 29, 1998, p. 14.

<sup>462</sup> Cfr. U. Morelli, *I progetti costituzionali di origine parlamentare nel processo di integrazione europea prima della dichiarazione di Laeken*, en: Bilancia P., y D'Amico P., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 1-25.

<sup>463</sup> Sabemos que el progreso y el crecimiento de las actividades económicas, requieren de un mercado como ámbito de desarrollo. Un mercado que haga posible de la división del trabajo, la especialización, y también la innovación tecnológica, que es una de las razones de porqué se necesitan mercados cada vez más amplios. Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: *Política y sociedad*, N° 29, 1998, p. 8.

<sup>464</sup> Cfr. C. de Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, N°. 19, 2007, p. 201.

<sup>465</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional*, en: *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, N° 46, 1996, pp. 1-23.

<sup>466</sup> En esta etapa de integración, y sobre todo en el ámbito económico, la Unión Aduanera concretada en la libre circulación de mercancías y aranceles comunes con terceros países, fue el primer paso que anticipaba un mercado único en todo el territorio comunitario con libertad en la circulación de los factores de producción, es decir: capital y trabajo. García Díaz, M.A., *El Gobierno de la economía en la Unión Europea*, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 16 - 1er semestre 2009, p. 159.

intervencionismo estatal que funciona bajo los principios de solidaridad y justicia social<sup>467</sup>.

Simultáneamente con la recuperación del Estado nación como Estado social, se desarrolla la reconstrucción del orden económico internacional, y los Estados avanzan hacia construcciones de mercados con este tipo de principios, un ejemplo claro, puede encontrarse en los acuerdos de Bretton Woods<sup>468</sup>.

Consecuentemente, y tomando como base dichas recuperaciones y reconstrucciones, los orígenes del proceso de construcción comunitaria, estaban encaminados a dirigir el futuro europeo a una ampliación del mercado y su consiguiente crecimiento económico. Esencialmente se persigue una autonomía estatal<sup>469</sup> que no esté determinada por el contexto internacional, sino que éste la favorezca, y bajo este marco, el desarrollo de los Estados de bienestar europeos, fortaleciendo las políticas y derechos sociales remitidas a las legislaciones de los Estados miembros<sup>470</sup>.

En el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), también conocido como Tratado de París, las disposiciones establecen los principios en los que se fundamenta el mercado común, así como los objetivos de la Comunidad, que pueden enumerarse en: contribuir a la expansión económica, al incremento de la ocupación y a la mejora del nivel de vida de los Estados miembros, en virtud del establecimiento de un mercado común; a la vez que establece los parámetros de dichos objetivos,

---

<sup>467</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2000, pp. 137-144.

<sup>468</sup> Los Acuerdos de Bretton Woods, son resoluciones en materia monetaria y financiera, tomadas por las Naciones Unidas, entre el 1 y el 22 de julio de 1944, donde se establecieron las reglas para las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados del mundo. Asimismo, se tomó la decisión de crear el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, así como el uso del dólar como moneda internacional. Cfr. M. A. García Herrera, y G. Maestro Buelga, *Estado-mercado y crisis sistemática*, en: *Pensamiento crítico y crisis capitalista, una perspectiva constitucional*, Editorial Universidad de Granada, 2009, Granada, pp. 29-56.

<sup>469</sup> Sobre el tema de la autonomía estatal, se sostiene que, ante la ausencia de un acuerdo político entre Estados, "la precondition de la autonomía estatal en el gobierno económico no hubiera existido, salvo la solución autárquica de un nacionalismo económico" sin ningún sentido. Cfr. G. Maestro Buelga, *"Constitución económica e integración..."*, ob. cit., p. 99.

<sup>470</sup> *Ibidem.*, pp. 137-144.



marcados sobre todo por el mantenimiento y respeto de las condiciones normales de la concurrencia y ejerciendo una acción directa sobre la producción y el mercado<sup>471</sup>.

Es posible concluir tras la lectura del Tratado de la CECA, que existe una ausencia de disposiciones relativas a las políticas sociales<sup>472</sup>, y que el núcleo ordenador de la actividad económica del Estado corresponde al mercado, y las disposiciones sociales ejercen un objetivo regulador para el correcto funcionamiento del mercado común. El artículo 2 del Tratado referido establece que la Comunidad del Carbón y del Acero<sup>473</sup> tiene la misión de contribuir a la expansión económica, al incremento de la ocupación y a la mejora del nivel de vida de los Estados miembros, gracias al establecimiento de un mercado común. Al mismo tiempo, el Tratado posee una diversidad de normas que protegen al *libre juego de la competencia*<sup>474</sup>.

Al mismo tiempo, podemos advertir cómo el Tratado de París<sup>475</sup> establece líneas de acción de las instituciones comunitarias para alcanzar el cumplimiento de la misión del mismo, y en concreto, establece que la Comunidad velará por el mantenimiento, respeto y establecimiento de las condiciones normales de concurrencia, y ejercerá una acción directa sobre la producción y el mercado, vetando todas las prácticas que afecten a dicha libre concurrencia<sup>476</sup> y sean incompatibles con el mercado común<sup>477</sup>.

---

<sup>471</sup> Artículos 2 – 5 del Tratado de la Comunidad del Carbón y el Acero, de 1951.

<sup>472</sup> La doctrina sostiene que las políticas sociales en 1980 fueron protagonistas de un nuevo ciclo, así como las políticas económicas de los países centrales bajo los impulsos de la transnacionalización económica y el auge de políticas conservadoras. Cfr. G. Rodríguez Cabrero, *Orígenes y evolución del estado de bienestar español en su perspectiva histórica. Una visión general* en: Política y Sociedad 2, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1989, p. 83.

<sup>473</sup> En la que también se argumentaba que las Declaraciones, por un lado, obligan a los Estados fundadores, así como aquellos que asumieron con posterioridad el acervo comunitario.

<sup>474</sup> Cfr. M. A. García Herrera, *Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa*, en: La protección de los derechos fundamentales en la UE, Concurera Atienza, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

<sup>475</sup> El Tratado de París creador de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, fue básicamente diverso del Tratado de Roma, en el sentido que en éste se constituyó más claramente como un campo de acción, *un traité cadre*, los miembros de los gobiernos no participaron en un seminario de Derecho Constitucional Comunitario, sino que se vieron obligados a afrontar las obligaciones políticas incluidas en los Tratados. Martínez Sierra, J.M., *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Ed. UCM, Madrid, 2003, p. 129.

<sup>476</sup> Para muchos autores, se concebía el *mercado* como "el lugar donde se cambian las mercancías (y servicios) y se determina el valor de cambio bajo el dominio de la competencia". No obstante, para otros era considerado como el "campo de competencia" que demanda reglas de transparencia y de

Lo anterior, revela que las intenciones de la Comunidad del Carbón y el Acero son alcanzar el principal objetivo de: una liberalización de intercambios entre los Estados miembros, que más adelante se percibirá de una forma más clara con Maastricht, así como la creación de un mercado europeo que se fundamenta en la concurrencia y se caracteriza por esa liberalización de los intercambios, que se denomina como mercado común<sup>478</sup>.

De manera que cualquier disposición que pudiera entenderse creada con el fin de establecer un mecanismo de protección para los derechos sociales y que buscaran el estado de bienestar europeo, en realidad estaría dirigida a garantizar el buen funcionamiento del mercado común, en aquellas disposiciones que incidieran con el derecho al trabajo, por ejemplo, no buscaban la mejora en las condiciones de vida de las clases trabajadoras, sino más bien, aprobar las relaciones contractuales que permitieran el mejor desempeño de las actividades económicas que garantizaran la actuación del mercado común como uno de los objetivos principales a alcanzar por la Comunidad.

Si regresamos al tema de la construcción del Estado social que se pretendía alcanzar en el interior de cada Estado en dicha época, y sobre todo, la búsqueda de una constitución económica del Estado social, podemos observar, que en realidad la Comunidad Europea venía a establecer una ruptura con el Estado social<sup>479</sup> operando

---

libre concurrencia. Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N° 29, 1998, p. 11.

<sup>477</sup> El Mercado Único Europeo que estamos estudiando, en su forma más avanzada de Unión Económica y Monetaria, puede ser definido como un "Espacio regido por normas comunes o compartidas donde es posible la libre circulación de trabajadores, mercancías, servicio y capitales en condiciones de competencia y con libertad de establecimiento". Es decir, un Mercado que va intrínsecamente con la libre competencia. *Ibidem*.

<sup>478</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de Derecho Constitucional Europeo, N°. 8, 2007, p.48.

<sup>479</sup> No obstante, pese a reconocer esta ruptura, para muchos autores, no es posible perder de vista la relación que existe entre la Comunidad Europea y el Estado social. Haciendo referencia al concepto de *Wirtschaftsverfassung*, la cuestión que ha surgido en Alemania y que se ha entrelazado en primer lugar con temas del federalismo y del Estado Social, y más tarde con aquellos de la unificación e integración europea, es un tema particularmente amplio de sugerencias unidas estrechamente y a la dogmática del

sobre la centralidad de los Estados miembros, ya que como puede verse en el ejemplo del derecho al trabajo, se explica cómo los derechos sociales en la Comunidad solo existían como “*derechos legales*, es decir, en el derecho derivado y, además, en estricta conexión con la construcción del mercado único”<sup>480</sup>.

Posteriormente en 1957, con el Tratado de Roma<sup>481</sup>, se firman los acuerdos para la creación de La Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Euratom; hasta que finalmente con el Tratado de Bruselas de 1965 se fusionan los ejecutivos de las tres Comunidades en una única Comisión de las Comunidades Europeas, cuya caracterización podemos resumir en que el modelo económico que acogía Europa, era la de garantizar *la libre competencia*<sup>482</sup>, de tal forma que se tutelara la formación y el funcionamiento del mercado común que se había comenzado ya a gestar en los principios fundamentales del CECA. De forma que la condición sine qua non de la estructura y la dinámica del mercado es *la competencia*, cuyas reglas rigen todos los ámbitos de la economía, no obstante, en la tercera parte del presente trabajo analizaremos con más detenimiento los efectos jurídicos de la libre competencia en relación a la libertad de empresa que hoy nos ocupa.

En definitiva, los Tratados fundadores de la Unión Europea<sup>483</sup>, incluyen dentro de sus articulados unos derechos sociales que van encaminados a alcanzar el

---

derecho y sus múltiples dimensiones, una cuestión que puede ser especialmente estudiada a través del *Bundesverfassungsgericht y su análisis*. F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, p. 12.

<sup>480</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, *Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional*, en: Revista Vasca de Administraciones Públicas, N° 46, 1996, p. 7.

<sup>481</sup> Se sostiene que, con los Tratados de Roma, se puso fin a una “ocupación de mercados” para establecer la creación de un Mercado Común basado en la cooperación, Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N° 29, 1998, pp. 7-16.

<sup>482</sup> Cfr. P. Manzini, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, en: Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto, Vol. 23, N° 4, 2009, pp. 821-851.

<sup>483</sup> Dichos Tratados han sido incorporados y aplicados a los ordenamientos de los Estados miembros, en el caso de Italia, el legislador ha previsto leyes que contienen ordenamientos de ejecución de los mismos. Incluso el artículo 11 de la Constitución italiana, provee de una interpretación interna, sobre todo para el juez nacional para interpretar cada caso y transponer directamente las normas internacionales que deban ser aplicadas consecuentemente. G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economica: l’esperienza della corte europea dei diritti dell’uomo*, en: Europa e diritto privato, 2011, p. 427.

establecimiento, mantenimiento, y desarrollo de un mercado único, incluso cuando en su momento se tomaba en cuenta el mercado intra europeo, más atentamente del crecimiento del mercado mundial<sup>484</sup>, de manera que si los analizamos, encontramos el derecho al trabajo, como un derecho que garantiza la libre circulación de los trabajadores, y la libertad de establecimiento en el interior del mercado común, dichas disposiciones sociales que se encuentran en el Tratado de la CEE, no son más que elementos que estructuran el proceso de integración económica, pero que lejos de tratarse de derechos sociales, en realidad son libertades económicas que buscan configurar el fundamento de los principios de la Comunidad Económica Europea.

En la normativa comunitaria encontramos por primera vez, el *derecho de establecimiento*<sup>485</sup>, en el capítulo Segundo del título III de la parte segunda del Tratado CEE, referido a “la libre circulación de personas, servicios y capitales”, en donde el artículo 52 establece que “la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”, de la lectura de este artículo, podemos afirmar que el fin del derecho comunitario de establecimiento, es obtener el derecho a un tratamiento nacional, es decir, *análogo*<sup>486</sup> al de los nacionales del país de establecimiento, en el acceso y

---

<sup>483</sup> Cfr. R. Alexy, *Ibíd.*, p. 420.

<sup>484</sup> Cfr. J. Drew, y otros, *La empresa en la CEE: cómo exportar, importar, invertir, influir y gestionar en Europa*, Hispano Europea, Barcelona, 1982, p. 21.

<sup>485</sup> Tal y como veremos más adelante, en las sentencias *Sentencias Gloszczuk, Kondova y Barkoci y Malik*, de fecha 27 de septiembre de 2001 15, el TJCE declaró que el derecho de establecimiento, tal cual se define en los Acuerdos Europeos implica que se confiere un derecho de entrada y un derecho de residencia, de forma que en virtud de dichas Sentencias, a los nacionales polacos y checos, que deseen ejercer actividades de carácter industrial, comercial y artesanal o profesiones liberales en un Estado miembro. I. Blázquez Rodríguez, *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (a propósito de la STCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto c-268/99, jany e.a.)*. en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 13, septiembre-diciembre, pp. 950 y ss.

<sup>486</sup> Cfr. L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca, *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 11-13.

ejercicio de ciertas actividades económicas, una noción que se perfecciona con el concepto de la no discriminación<sup>487</sup>.

Asimismo, el Tratado de la CEE, retoma la libre circulación de trabajadores<sup>488</sup> como una prohibición de discriminación en el acceso al mercado de trabajo y en las condiciones de trabajo, respecto a los trabajadores nacionales por parte de los trabajadores de otros Estados miembros, así como la prohibición a la discriminación al trabajo por razones de sexo, en material salarial. No obstante, la política social de éste tratado continúa siendo “subordinada y residual, reiterando que los objetivos, en esta materia, se derivarán del funcionamiento del mercado común”<sup>489</sup>.

Comprender la distinción entre derecho de establecimiento y libre circulación de trabajadores, se logra alcanzar cuando existe una oferta de colocación en el mercado de trabajo, que constituye *la libre circulación de la mano de obra*<sup>490</sup>; y en el caso de la libertad de establecimiento, en donde los profesionales liberales o de actividad independiente deben enfrentarse a dificultades como cumplir con la obtención de determinados requisitos, y someterse a distintas restricciones, para la primera de ellas, el Tratado prevé la elaboración de Reglamentos, mientras que para la segunda, la forma de la Directivas<sup>491</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>487</sup> Véase la Sentencia del TJCE, de 12 de febrero de 1987, asunto 221/85, Commission c. Royaume de Belgique.

<sup>488</sup> La libertad de establecimiento, además, constituye una de las cuatro libertades económicas de circulación básicas del Mercado interior comunitario, junto con la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores y la libre circulación de capitales, todas ellas consideradas por el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, en su Parte Segunda, como Fundamentos de la Comunidad.

<sup>489</sup> *Ibidem*. p.11.

<sup>490</sup> Se ha observado en el proceso de integración, que el punto de partida del análisis en torno a la ordenación jurídica comunitaria del desplazamiento temporal de trabajadores, a diferencia del traslado de los ciudadanos comunitarios para ocupar un empleo en un país distinto al de su nacionalidad fundamentado efectivamente en dicha libre circulación de trabajadores, se instala, como veremos en el último capítulo de nuestra tesis, en la libertad de prestación de servicios transnacional configurada como una de las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado y asumida como tal por la Unión Europea.

<sup>491</sup> *Ibid.* p.12.

Posteriormente, con el objetivo de crear un espacio económico único en el que las personas, mercancías, servicios y capitales fueran capaces de circular libremente, se instituye en 1986 el *Acta Única*, que abre un intenso proceso de liberalización de los mercados, cuya actuación se encontraba sustraída a sectores de monopolio estatal, y que además hace referencia a la *cobesión económica y social*<sup>492</sup>, proporciona la base legal para el intervencionismo y la dirección política del sistema económico<sup>493</sup>. No obstante, la ampliación de la intervención comunitaria “no tiene el fin de convertirse en núcleo de gobierno económico del nuevo espacio económico, sino de extender el mercado completando su construcción”<sup>494</sup>.

De tal forma que una vez más, dicha Acta Única<sup>495</sup>, sólo introduce políticas sociales con la finalidad de que éstas sean compatibles con el mercado único, incluyendo legislación de protección del trabajo y de la seguridad social; sin embargo, estas intervenciones recaen en el espacio del mercado, y no en la política del Estado social, porque en realidad se trata de garantías institucionales de los mecanismos del mercado.

Se ha establecido que el Tratado de Maastricht de 1992, supone un cambio constitucional, en el sentido que establece una cierta ruptura con el modelo económico de los Tratados originarios anteriores. Consecuentemente, se profundiza en los principios de la economía de mercado, la intervención, los objetivos sociales y la apertura de un espacio de política económica comunitaria; al mismo tiempo que se establece una disolución de las constituciones económicas del Estado social de los

---

<sup>492</sup> Cfr. L. M<sup>a</sup>, Miranda Serrano, *Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea*, en: R.V.E.H., N<sup>o</sup> 9 - III/2003, pp. 201-203.

<sup>493</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e integración...*”, ob. cit., p. 99.

<sup>494</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, “*Estado de mercado y Constitución...*”, ob. cit., p. 56.

<sup>495</sup> Se sostiene que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se ve enriquecido con la aportación que hace el Acta Única Europea, sobre todo mediante los artículos 130 A a 130 E, el Acta Única introduce una finalidad adicional: “*promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad (...) y en concreto desarrollar y proseguir una acción encaminada a reforzar la cohesión económica y social*” (art. 130 A). Cfr. I. Martín Aranaga, “*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia-Reino Unido-España*”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante pp. 21-22.

Estados miembros. Asimismo, se trata de un intervencionismo garante del mercado, que sólo se justifica siempre y cuando proteja el funcionamiento del mercado<sup>496</sup>.

Se percibe la existencia de un mercado que se auto-organiza<sup>497</sup>, una economía de mercado como modelo económico que ha venido configurándose desde el Tratado de Roma, cuyo proceso de integración se formula a partir de la idea de que las libertades económicas pueden presidir normativamente al mercado común, ya que posibilita la autonomía de los agentes que participan en la actividad económica, gracias a la libre competencia; asimismo, éstas libertades económicas actúan como elementos estructurales del proceso de integración, como derechos que pueden ser invocados no sólo frente a las instituciones comunitarias, sino también frente a los Estados miembros y personas privadas<sup>498</sup>.

Podemos observar que este sistema de intervención pública de la economía que Maastricht origina, en el que hay un orden de mercado europeo, que podemos interpretar como un modelo de constitución económica, vinculado a la centralidad y autonomía del mercado, contradice a los modelo constitucional que había provocado el interés de los países europeos tras la Segunda posguerra Mundial, en donde la existencia de un vínculo social era lo que definía las intervenciones del Estado en el ámbito social y económico.

Además de esta contraposición, es válido hacer notar, que es el vínculo económico el que define los límites de la esfera pública en el mercado y el derecho de la competencia, que, a su vez, recibe una protección, al estar garantizada por la regulación que rige su funcionamiento. Así pues, la existencia de un sistema que se basa en la libre competencia está garantizado por el Estado, porque es el que constituye al mercado que deja de ser espontáneo; y de esta manera, la libre competencia actúa como un mecanismo legitimador de la intervención estatal, y al

---

<sup>496</sup> Ibid. p. 46.

<sup>497</sup> No obstante, consideramos que el legislador comunitario, en esta etapa, conciliaba las necesidades del mercado, con la realidad de los países que formaban la integración y no al contrario.

<sup>498</sup> Cfr. H. Kaelble, *European Integration and social history since 1950*, en: *Europe after Maastricht: american and european perspectives*, Berghahn Books, Providence-Oxford, 1994, pp. 89-112.

mismo tiempo como un límite a una mayor injerencia del Estado en la economía, es decir, “la legitimidad de la intervención estatal es la garantía de la competencia, que es la garantía del mercado libre”<sup>499</sup>.

A las anteriores afirmaciones se les conoce como la ruptura ideológica *ordoliberal*<sup>500</sup>, que significa la ruptura con el modelo del constitucionalismo económico del Estado social, en el que la “intervención pública ordoliberal, es funcional a la construcción del mercado y a la garantía de su funcionamiento, y a la confinación, en un papel residual, a la política social, también funcional con el mercado, funcionalidad que se manifiesta imponiendo una compatibilidad subalterna de aquella a éste”<sup>501</sup>.

Asimismo, la Unión Económica y Monetaria<sup>502</sup>, es decir, la decisión adoptada en 1998 de instaurar una moneda única, la creación de una ciudadanía europea, la formulación de nuevas políticas sobre todo en los ámbitos de educación y cultura; y la aplicación del principio de subsidiariedad para regular el ejercicio de las competencias, son nuevos objetivos introducidos en los Tratados, y una ampliación de competencias de la Comunidad y de alguna manera, son también las directrices económicas que los Tratados incorporan en el proceso de alcanzar la integración europea.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>499</sup> Cfr. M.A. García Herrera y G. Maestro Buelga, *Dirección económica y mercado en la Constitución europea*, en: Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de Derecho constitucional, N.º. 15, 2006, pp. 137-145.

<sup>500</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, “*Estado de mercado y Constitución...*”, ob. cit., p. 46.

<sup>501</sup> Ibíd., p.48.

<sup>502</sup> La Unión Económica y Monetaria, convertida en el marco de la cooperación en política económica donde participan todos los países de la Unión Europea, al establecerse en su contexto las directrices de la política económica y social, que pretenden conseguir un apoyo mutuo de las políticas nacionales. M.A. García Díaz, *El Gobierno de la economía en la Unión Europea*, en: Revista de Derecho de la Unión Europea, N.º 16 - 1er semestre 2009, p. 159. Asimismo, cabe destacar que a partir de la Unión Económica y Monetaria, se ha producido una progresiva absorción por parte de la Comunidad de la determinación de las grandes orientaciones de la política económica interna. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N.º 71, Mayo - Agosto 2004, p. 146.

<sup>502</sup> Cfr. H. Kaelble, “*European Integration and social history...*” ob. cit., pp. 89-112.



Con el Tratado de Ámsterdam<sup>503</sup> es posible ampliar las competencias de la Unión Europea, y los acuerdos comunitarios se aplicarán a importantes ámbitos, como el asilo, la inmigración, el paso de las fronteras exteriores, la lucha contra el fraude y la cooperación aduanera; se establece por vez primera determinadas disposiciones que autorizan a una serie de Estados miembros a recurrir a las instituciones comunes para entablar una cooperación reforzada.

De la misma manera, Ámsterdam, introduce en su acervo regulatorio disposiciones sobre el trabajo, no obstante, esas disposiciones dedicadas al empleo que se dicen estar tuteladas por las instituciones de la Unión, no suponen ningún cambio que afecte suficientemente al modelo de Constitución económica, tampoco logran introducir contenidos significativos que den vida al *modelo social europeo*<sup>504</sup>. La política sigue siendo la misma, subordinar las necesidades<sup>505</sup> del empleo como factor de interés social, en función de las exigencias del mercado, dependiendo como siempre, de las facultades de libre competencia.

Posteriormente, solo podemos destacar del Tratado de Niza, de 2001, del cual lo que más podría interesarnos sería la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea elaborada por una Convención que fue proclamada durante la Cumbre Europea de Niza, que constituye un elemento importante en el proceso de integración europea, y para el objeto de estudio que hoy nos ocupa, es preciso destacar que es hasta la proclamación de dicha Carta con la que se tutela de manera expresa en un texto de la Unión Europea el derecho a la libertad de empresa, como veremos más adelante.

---

<sup>503</sup> Es oportuno recordar que con éste Tratado aprobado en 1997. Se alcanza la consolidación de tres pilares básicos para la UE: Comunidades europeas, Política exterior y de Seguridad Común, y la cooperación en Justicia y Asuntos del Interior.

<sup>504</sup> *Ibíd.* p. 69.

<sup>505</sup> No obstante, consideramos que la tutela de la realización libre de las actividades económicas debería desarrollarse sin subordinar tal tutela a la existencia de una conexión política o puramente económica entre la actividad y el mercado.

Igualmente, es preciso destacar la fallida Constitución económica, con El Tratado Constitucional Europeo de 2004<sup>506</sup>, y finalmente el Tratado de Lisboa, con el que se da origen a la versión consolidada del Tratado de la Unión y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

En consecuencia, puede observarse cómo el principio del mercado común<sup>507</sup> afecta al proceso de integración y de formación de un constitucionalismo europeo uniforme; en virtud de dicha centralidad, la Constitución económica sigue configurándose como el núcleo del constitucionalismo europeo, es decir, que hasta la actualidad, se continúa con una centralidad del mercado en los procesos de integración europea, en donde no es posible alcanzar una tutela social a las exigencias de mercado, que pese al fracaso constitucional, no ofrece ningún aspecto de innovación respecto a un proyecto que desde sus inicios se contraponen al Estado social, y que de alguna manera continúa alimentando y juridificando, la propagada globalización, en donde se forma parte de una organización mundial y en donde la cooperación y el desarrollo de las instituciones parecieran operadas por un espacio global guiado por el mercado<sup>508</sup>, y dejando a un lado el desarrollo de una integración positiva en el espacio comunitario.

---

<sup>506</sup> Un par de cuestiones más destacadas en el debate de la nueva Constitución europea eran sobre las principales vías de desarrollo y evolución del Estado autonómico en el futuro próximo, que deberían ser tomadas en consideración, sobre todo ante la existencia de un número importante de Estados que cuentan en su interior con un "fuerte escalón regional de gobierno, como parte fundamental de su estructura constitucional". Cfr. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º 14, 1993, p. 159.

<sup>507</sup> En efecto, un ejemplo de esta afectación al proceso de integración, puede ser el hecho de que las competencias atribuidas al Consejo en el ámbito legislativo lo han sido con el fin de obtener la consecución de un mercado común como determina el artículo 2 TCEE. J.M. Martínez Sierra, *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Ed. UCM, Madrid, 2003, p. 244. No obstante, el mismo Tratado de Niza en sus artículos 3 y 4, disponían que el establecimiento de dicho mercado común serviría para un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad con una elevación del nivel y de la calidad de vida. Cfr. D.J. Vera Jurado, *Evolución e integración de la perspectiva ambiental en la legislación y su influencia en el ámbito local*, en: Revista: Jábega, N.º 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y medio ambiente en la provincia de Málaga (II) Saturnino Moreno Borrell, coord.), p. 77.

<sup>508</sup> Cfr. S. Cassese, *C'è un ordine nello spazio giuridico globale?* en: Política del diritto, N.º 1, marzo de 2010, p. 139.

### 3.2. LA INTEGRACIÓN DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA

Es posible afirmar que el ingreso en la Comunidad Económica Europea fue el objetivo central de la política exterior española, y que se comenzó a solicitar desde los años sesenta, no obstante, alcanzar dicho acuerdo contenía el interés por lograr la homogeneidad política dentro del sistema democrático, razón por la cual únicamente se consiguieron firmar acuerdos comerciales preferenciales, que hicieron de la CEE un asiduo cliente del comercio exterior español.

Una vez finalizado el régimen franquista, el ingreso fue solicitado, pero aparecieron dificultades políticas y económicas, en éstas últimas, la estructura económica española colisionaba con los intereses europeos, principalmente en los rubros de agricultura y pesca. El 12 de junio de 1985 se firmó el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas y el 1 de enero de 1986 España se convertía en un país miembro de pleno derecho de la CEE<sup>509</sup>, poniendo un punto y final al largo proceso de apertura al comercio exterior, que había comenzado en 1959, asimismo, ha ido evolucionando sus estructuras productivas, instituciones y reglas de gestión macroeconómicas, identificándose con las de los países europeos con más equilibrio y avance de esta índole<sup>510</sup>.

Empero, se tuvieron que consentir condiciones excesivamente duras, como el cumplimiento de largos períodos transitorios para aquellos sectores españoles más competitivos o para aquellas cuestiones en las que los miembros de la CEE podían

---

<sup>509</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *La Constitución como marco de la legislación económica*, en: *Economía industrial*, Ministerio de Industria y Energía, N° 349-350, 2003, pp. 18 y ss.

<sup>510</sup> En multitud de materias y sectores, fundamentalmente con el objetivo de hacer desaparecer las barreras técnicas a las libertades comunitarias de circulación (de trabajadores, mercancías, servicios y capitales), dentro de la estrategia diseñada en el Libro Blanco de la Comisión, de 1985, en la que, sin embargo, la técnica de la armonización cedía terreno a una apuesta por un nuevo enfoque para lograr la eliminación de las barreras no arancelarias a la libre circulación de mercancías, basada esencialmente en el reconocimiento mutuo. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, p. 142.

considerarse afectados. Así, la libre circulación de los trabajadores<sup>511</sup> no fue permitida hasta 1993, cuando se desarrolló también la desaparición gradual de los aranceles para los productos agrícolas generales.

El libre comercio de hortalizas, frutas y aceite de oliva se demoró hasta 1996 y la posibilidad de pescar en caladeros comunitarios se alcanzó hasta el año 2003. Asimismo, España conquistó plazos largos para el aplacamiento arancelario en el sector industrial, para el establecimiento de entidades bancarias y de seguros y para la liberalización de los monopolios fiscales<sup>512</sup>, como el petróleo o el tabaco.

España ha apoyado todas las gestiones procuradas en el proceso de formación de una identidad común europea, desde la aprobación del Acta Única, que recordamos en 1986 cuando la CEE se convertía en el Mercado Común, eliminándose las fronteras para mercancías, capitales y personas; asimismo, el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht<sup>513</sup>), en 1991 mediante el que se los países miembros pasan a tomarse en cuenta como un ente supranacional europeo, cuyos dos acuerdos más

---

<sup>511</sup> El caso paradigmático, al respecto, en libre circulación de trabajadores sería el famoso caso Bosman de 1995, la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Asunto C-415/93, (Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros, contra Jean-Marc Bosman y otros), C-415/93. En el que en virtud al artículo 48 del Tratado CEE, el TJCE determinó que un jugador profesional de fútbol nacional de un Estado miembro sólo puede, al término del contrato que le vincula a un club, ser empleado por un club de otro Estado miembro si este último ha abonado al club de origen una compensación por transferencia, formación o promoción.

<sup>512</sup> Uno de los aspectos más relevantes alcanzado después de la firma del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, por el que España ingresó en la Comunidad Económica Europea, entonces, y que fue firmado el 12 de junio de 1985. Por otro lado, se sostiene que, como una regla general, Europa se inclinó por la empresa pública, abiertamente desde la Segunda Guerra Mundial, creando o nacionalizando las compañías eléctricas, las siderúrgicas, las telecomunicaciones, las ferroviarias, las petroquímicas, la construcción de vehículos de transporte, *los monopolios fiscales*, las empresas de grandes servicios públicos y, en algunos casos, los seguros y los bancos. Aunque España siguió ese modelo, el tamaño de la empresa pública siempre fue inferior a la media europea. Asimismo, en España el sector público empresarial siempre ha desempeñado un papel más subsidiario que en otros países europeos, incluso durante el período de la autarquía. F. Comín y P. Martín Aceña, *Rasgos históricos de las empresas en España. Un Panorama*, en: Revista de Economía aplicada, N° 12, (vol. iv), 1976, p. 101.

<sup>513</sup> Cfr. M. López Escudero, *La Unión Económica y Monetaria en el Tratado de Lisboa*, en: VV.AA., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.) Jornadas celebradas en Madrid, el 17 y 18 de diciembre de 2007, p. 552 y ss.

importantes fueron el reconocimiento del concepto de solidaridad entre las regiones europeas para suplantar las grandes diferencias entre ellas, como los fondos de compensación y cohesión, así como mayores atribuciones al Parlamento europeo<sup>514</sup> y a la ciudadanía de Europa, con lo que se prosperaba no sólo en el aspecto económico, sino también en el político y el establecimiento de una agenda para una unión económica y monetaria, que extinguió las monedas nacionales, sustituidas a partir del año 2000 por el euro<sup>515</sup>. A estos cambios, se suma la ampliación de la Unión Europea a 15 miembros con la integración de Suecia, Finlandia y Austria en 1995, a través el Tratado de Schengen con el que se vaticinaba una política exterior común.

A pesar de las exigencias requeridas a España para la integración de pleno derecho en la CEE, después Mercado Común y ahora Unión Europea, es posible rescatar del balance entre ventajas e inconvenientes, un resultado que ha sido positivo para España, sobre todo porque su incorporación ha supuesto tener que adaptarse a un mercado más competitivo que el español, que se desarrolla en un país democrático y un país europeo, lo cual resulta fundamental si se dirige la mirada hacia la historia contemporánea de España<sup>516</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>514</sup> En referencia al Parlamento europeo, algunos autores sostienen que, desde un punto de vista institucional, incorporar representantes de los parlamentos estatales y del parlamento europeo fue un gesto de mayor transparencia, en la convención de un parlamento constituyente, (en relación al proyecto de Constitución europea). Aunque de esta manera, se dio origen al debate de por qué no convocar a elecciones para una Asamblea o Parlamento europeo. Cfr. G. Pisarello, *El proyecto de nueva Constitución Europea: notas críticas*, en: *Jueces para la democracia*, N° 49, 2004, pp. 9-10.

<sup>515</sup> La necesidad de una convergencia monetaria, de una moneda común, con toda su transcendencia constituían un paso más consecuente y necesario para evitar distorsiones lesivas, o problemas derivados de políticas nacionales que falseaban el principio de competencia, de forma que la moneda única se concibe como un medio para evitar este problema y eliminar o disminuir la posibilidad de los diferentes Estados de utilizar una política económica tradicional para atenuar coyunturalmente determinadas situaciones críticas. Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: *Política y Sociedad*, N° 29, 1998, p. 10.

<sup>516</sup> Se sostiene por la mayoría de autores, que los resultados obtenidos tras la integración de España a la Comunidad Económica Europea, reflejan un alto nivel de crecimiento económico que es posible equiparar con los países de Centroeuropa, con una tasa de exposición a la competencia exterior similar a la de los mismos, y además con un equilibrio macroeconómico que hasta 1960 era desconocido en España. A. Cidoncha, *“La Libertad de...”*, ob. cit., p. 48.

A partir de 1991, año en que se firmó el Tratado de Maastricht, el gran reto para España era conquistar la convergencia con Europa, cumpliendo los criterios de inflación, tasas de interés, deuda pública<sup>517</sup> y gasto del Estado acordados en Maastricht. España cumplió los criterios y entró en mayo de 1998 en la Unión Monetaria Europea y adoptó el euro como moneda común, que como ya se sabe, no fue sólo una operación económica necesaria y positiva, finalmente España había establecido las condiciones que lograban su integración europea<sup>518</sup>. Así como también, demuestra un impacto constitucional, en virtud de la capacidad de actuación de las instituciones comunitarias, que se suman a las actividades de los diversos agentes económicos; sustrayendo los poderes internos de los Estados, sobre todo en aquellos casos que predeterminan las opciones que la Constitución deja abiertas<sup>519</sup>.

No obstante, dicha integración exigía generar cambios, como llevar a cabo una intensa reconversión industrial para que los productos españoles fueran competitivos en Europa, provocando paro y la protesta de los sindicatos, a la vez, que se suscitaron problemas en los sectores pesquero y lácteo, por ejemplo; de tal forma que se generaron al mismo tiempo, efectos negativos en sectores agrícolas y ganaderos; sin embargo, es válido hacer notar que también se ha resistido a la competencia de las tecnologías europeas, beneficiándose de la necesaria modernización de las inversiones extranjeras con la liberalización del movimiento de capitales y de la ampliación del mercado<sup>520</sup>.

De esta misma manera la presencia española en 1989 en la que presidía a la Comunidad Económica Europea, hizo avanzar toda una serie de cuestiones previstas en el Acta Única, como aquellas encaminadas a transformar en una realidad el

---

<sup>517</sup> Para ampliar el tema de la deuda pública: F. Comín y P. Martín Aceña, *Rasgos históricos de las empresas en España. Un Panorama*, en: Revista de Economía aplicada, N° 12, (vol. iv), 1976, pp. 75-123.

<sup>518</sup> *Ibíd.*, pp. 552 y ss.

<sup>519</sup> Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N° 71, Mayo-Agosto 2004, pp. 123-125.

<sup>520</sup> Cfr. H. Kaelble, “*European Integration and social history...*” *ob. cit.*, pp. 89-112.

*Mercado Único*<sup>521</sup> a partir del 1 de enero de 1993. La gran estratagema de aquel momento era la de completar el *Mercado Único* evitando que desde el exterior, Europa fuera vista como una *fortaleza cerrada*<sup>522</sup>. En el plano exterior, España desempeñó un papel decisivo en la crisis centroamericana y en general en los temas relacionados con Latinoamérica.

Por otro lado, es preciso destacar que la adhesión de España a las Comunidades europeas tuvo lugar con efectos a partir de 1 enero de 1986, cuyo proceso de integración fue lento y sistematizado en periodos transitorios, ocasionando una prominencia progresiva del Derecho comunitario, frente al ordenamiento español.

El precepto constitucional mediante el cual se llevó a cabo la adhesión fue el artículo 93 CE<sup>523</sup>, que fue creado deliberadamente en el periodo constituyente para tal acontecimiento y sólo ejecutante de manera posterior para las reformas y ampliaciones que fueran necesarias en virtud de la integración europea. Es oportuno destacar que es el artículo 93 CE, la base constitucional que instituye el fundamento duradero para todas las consecuencias emanadas de la introducción del Derecho comunitario en España<sup>524</sup>.

No obstante, para autores como Bassols Coma, el hecho de que no fuera necesario recurrir a la modificación de la Constitución tras la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, lo que en realidad sugiere es la compatibilidad que

---

<sup>521</sup> En el Consejo Europeo de Ámsterdam (16-17 de junio de 1997), los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea se reafirmaron en la importancia concedida al fomento del empleo y a la reducción del nivel de desempleo en la Unión (Scadplus, 1999). Consideraron también la necesidad de adoptar un enfoque positivo y coherente en materia de creación de empleo que incluya un marco macroeconómico estable, la realización del mercado único, políticas activas en materia de empleo y la modernización de los mercados de trabajo. Cfr. I. Martín Aranaga, “*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia-Reino Unido-España*”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante p. 26.

<sup>522</sup> Cfr. F. Granell Trías, *La tercera Presidencia española y el futuro de la Unión Europea*, en: Boletín económico de ICE, N° 2717, del 21 de enero al 3 de febrero de 2002, pp. 15-20.

<sup>523</sup> El artículo 93 CE también exige ley orgánica para ratificar tratados en los que se transfieran competencias a organizaciones supranacionales.

<sup>524</sup> Cfr. J. Roldán Barbero, *La Unión Europea y la soberanía de España*, en: ReDCE. Año 6. N°. 12., Julio-diciembre/2009. p.240.

existe entre el orden económico comunitario, y la norma suprema española, reafirmando que ello comprueba el carácter abierto y mixto del sistema económico constitucional en España<sup>525</sup>. Pese a éstas afirmaciones, en el desarrollo del presente trabajo, veremos que según algunas Sentencias constitucionales y del Tribunal Supremo en España han advertido situaciones de discrepancia respecto a dicha integración.

### 3.3. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO COMUNITARIO

Partiendo de los diversos Tratados de formación y funcionamiento, que han sido parte del proceso de desarrollo y constitución de la Unión Europea<sup>526</sup>, como ya hemos visto, la experiencia comunitaria trasciende más allá de su dimensión mercantilista, a través de un entramado de derechos y libertades, a las que el Tratado fundacional llama libertades de los nacionales de los Estados miembros, dentro de los que figura nuestro objeto de Estudio.

No obstante, en el Derecho comunitario, este reconocimiento de libre iniciativa económica<sup>527</sup>, ha sufrido diversos procesos hasta lograr una declaración de *libertad de empresa* como tal. Y que como podremos observar, presenta una serie de similitudes

---

<sup>525</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *La Constitución como marco de la legislación económica*, en: Economía industrial, Ministerio de Industria y Energía, N° 349-350, 2003, p. 18.

<sup>526</sup> A propósito de dicho proyecto de Constitución comunitaria, es posible destacar, como se ha señalado, que el TJCE actúa como un "tribunal constitucional", determinando el equilibrio de poder interinstitucional, pero tal poder, en manos del TJCE sin una "Constitución" europea, no hace sino demandar el establecimiento de la misma, que estructure el sistema político de la UE de una manera permanente, que según Martínez Sierra, frente a la acumulación de Tratados, permitiría definir el alcance del TJCE con respecto al resto de las Instituciones. En dicho contexto, el Parlamento Europeo sería el principal protagonista de su evolución institucional. Cfr. J.M. Martínez Sierra, *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Ed. UCM, Madrid, 2003, p. 129.

<sup>527</sup> Aun cuando la libre iniciativa económica no se encuentra entre los derechos reconocidos expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en sus Protocolos Adicionales, el Tribunal de Estrasburgo ha ampliado el contenido de algunos de los derechos del Convenio para amparar bienes jurídicos relacionados con la libertad de empresa. Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 4.



respecto al derecho del artículo 38 CE que hoy nos ocupa, gracias a la adhesión de España y a los procesos de integración, el ordenamiento ha incorporado dicho Derecho Comunitario como propio, sometiéndose de tal forma al orden económico del mismo. Un ordenamiento comunitario que está inclinado hacia la libertad de empresa y hacia el mercado, *una economía de mercado abierta y de libre competencia*.

Por otra parte, dentro de los artículos del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que más pueden condicionar la validez de las normas nacionales relacionadas a la libre iniciativa económica son fundamentalmente las libertades comunitarias<sup>528</sup> de circulación de mercancías, derecho de establecimiento, prestación de servicios y movimiento de capitales, así como las normas sobre defensa de la competencia, que estudiaremos a lo largo de nuestro trabajo.

A pesar de que en los principios señalados por el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, se determina la existencia de una *economía de mercado* que tiene como ámbito de desarrollo un mercado interior, y literalmente establece que la Unión: “Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social”<sup>529</sup>.

Es válido hacer notar que el derecho a la libertad de empresa no había sido reconocido entre el catálogo de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>530</sup>; tampoco se encontraba en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>531</sup>, aunque en el artículo 6 del mismo, se establecía

---

<sup>528</sup> *Ibíd*em, p. 20.

<sup>529</sup> Artículo 3.3 Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de fecha 30 de marzo de 2010.

<sup>530</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, y en vigor en 1953.

<sup>531</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre

la protección al derecho de la persona a “ganar su sustento mediante el trabajo que libremente elija”<sup>532</sup>, y de la misma manera se encuentra recogido el mismo derecho, en el artículo 1 párrafo 2 de la Carta Social Europea.

Es hasta la adopción de la Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada por el Consejo Europeo de Niza en el año 2000, que vemos la inserción de la libertad de empresa en su artículo 16, con lo que el fundamento de este derecho se ve fortalecido, recordemos que según la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los derechos, principios y libertades que en dicha Carta se enuncien, tendrán el mismo valor jurídico que los Tratados.

En la citada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 16 pese a que sólo hace un mero reconocimiento de la libertad de empresa: “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”, establece una novedad en el derecho comunitario, siendo la primera vez que se reconoce formalmente a la libertad de empresa, y que además se establece una referencia común para cada uno de los Estados miembros, la interpretación institucional y normativa del modelo de Constitución económica comunitaria.<sup>533</sup>

No obstante, podemos intentar formular un análisis a partir del preámbulo de la Carta referida, en cuyo párrafo 3 encontramos que la Unión Europea *trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y*

---

de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Que básicamente constituye un tratado multilateral general que reconoce Derechos económicos, sociales y culturales y establece mecanismos para su protección y garantía.

<sup>532</sup> Afirmación que como veíamos en los capítulos anteriores, se encuentra estrechamente relacionada a la libertad de empresa en el sentido de que sus titulares reciben igual protección que la del derecho al trabajo y al libre ejercicio de una profesión u oficio- con el principio de autodeterminación y de autorrealización del individuo. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, en: Comentarios a la Constitución Europea, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 981.

<sup>533</sup> Cfr. A. Lucarelli, *Art. 16. La libertà di impresa*, en: L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 131.

*capitales, así como la libertad de establecimiento*, reflejando claramente una conexión entre los principios que el Tratado reconoce en relación a la política económica del derecho Comunitario<sup>534</sup>.

Asimismo, dentro de las explicaciones de la convención encargada de redactar la Carta mencionada, se señala que la *libertad de empresa* es más amplia que el derecho a la libre iniciativa económica, ya que no sólo alcanza la libertad de ejercicio de una actividad económica en sentido estricto, sino que además comprende la libertad contractual y la libertad de competencia.

Consideramos que la Carta referida debe ser estudiada en el contexto de la formación de una Constitución económica comunitaria, donde se encuentran la mayor parte de los derechos sociales, y en las disposiciones generales de la misma, es posible encontrar los alcances y límites jurídicos<sup>535</sup> de los derechos sociales fundamentales que reconoce.

No obstante, también consideramos que el límite constitucional comunitario con el que se cuenta para garantizar estos derechos sociales fundamentales que establece la

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>534</sup> Dicha política económica se sostiene que no ha sido clara y expresamente establecida. Y a propósito, en el derecho alemán, se ha manifestado que la *Bundesverfassungsgericht* (el Tribunal constitucional alemán) ha establecido que el *Grundgesetz* (la Ley Fundamental), no ha desarrollado ninguna decisión de política económica, pero ello no significa que no se haya tomado la teoría de la "no- decisión" (*Nicht-Entscheidung*) ya que el legislador es libre de seguir la decisión económica que resulte de su oportuna discrecionalidad, aunque si bien es cierto, tiene como último límite a respetar, la misma a Ley Fundamental. F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, pp. 21-22.

<sup>535</sup> En relación a dichos límites, podemos afirmar que la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos se defiende, pero no para defender la soberanía del Estado, sino para defender precisamente el sometimiento del Estado a límites jurídicos, mediante el desplazamiento del poder de decisión al ámbito europeo. Cfr. F. Balaguer Callejón, *Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 7, 2007, p. 374.

Carta de Niza<sup>536</sup>, continúa siendo el principio de la economía de mercado abierta y de libre competencia<sup>537</sup>.

De modo que podemos apuntar que la libre iniciativa económica conlleva una transformación en el proceso de integración comunitaria y pasa a ser reconocida como *libertad de empresa*, entendida como ya vimos, en referencia a cualquiera de las tres libertades anteriormente mencionadas, de ejercicio de actividades económicas, de contratar y de competir en el mercado. Libertad en todo caso, reconocida al “máximo nivel, como principio general del Derecho Comunitario, pero limitable de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad”<sup>538</sup>.

El artículo II-76<sup>539</sup> del frustrado proyecto constitucional reconocía la libertad de empresa reproduciendo el tenor literal del artículo 16 de la Carta, y sostenía además, que se trata de un derecho limitable en los términos del artículo II-1 12.1, que señalaba que cualquier limitación de la libertad de empresa deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de la misma, así como respetar el principio de proporcionalidad y que “solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetos de interés general<sup>540</sup> reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos<sup>541</sup> y libertades de los demás”.

---

<sup>536</sup> El Tratado de Niza, fue celebrado por el Consejo Europeo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000 y firmado el 26 de febrero de 2001, y entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

<sup>537</sup> Un principio que ha sido objeto de distintas críticas sobre la Constitución europea "nonata" ya que es un principio del sistema que condiciona y preside el ordenamiento comunitario, pero que no creaba ninguna competencia ni misión nuevas para la Unión Europea, y tampoco proponía medios de presión eficaz a los operadores políticos y jurídicos para mejorar el nivel de protección ya existente en el derecho comunitario. Para ampliar: Cfr. G. Pisarello Prados, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 5, 2006, p. 270; y G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 8, 2007, p. 54.

<sup>538</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad de...*”, ob. cit., p. 47.

<sup>539</sup> Ver más sobre el citado artículo en: G. Pisarello Prados, “*¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución ...*” ob. Cit., pp. 268 y ss. Cfr. I. García Vitoria, “*La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)*”, en: Javier García Roca y Pablo A. Fernández Sánchez (coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 9

<sup>540</sup> Considero que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental como el que hoy estudiamos, bajo esta disposición, tendríamos que hacer más allá de la verificación de si tal

Sin embargo, es necesario reconocer, tal como lo ha hecho García Vitoria, que la libertad de empresa en el ámbito comunitario posee un *origen jurisprudencial*<sup>542</sup>, que como veremos en el desarrollo del presente apartado, es a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, (TJCE), a quien se debe el reconocimiento del libre ejercicio de las actividades económicas como un principio en el Derecho comunitario, la libre iniciativa económica encuentra el origen en la jurisprudencia y de esa forma se incorpora al Derecho Originario de la Unión.

Porque a pesar de que anteriormente, la libre iniciativa económica no era recogida entre los derechos reconocidos expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en sus Protocolos Adicionales, el Tribunal de Estrasburgo ha ampliado el contenido de algunos de los derechos del Convenio para amparar bienes jurídicos relacionados con la libertad de empresa<sup>543</sup>.

Posteriormente, ampliaremos las posturas del referido Tribunal, sobre la libre iniciativa económica, con el objeto de evaluar si existe realmente un acervo compartido de regulaciones en el ordenamiento comunitario y de soluciones jurisprudenciales en torno a la libertad de empresa. De manera que sea más fácil distinguir las restricciones que pueden imponerse al ejercicio de la libre iniciativa

---

restricción supera el juicio de proporcionalidad, y entonces, como ya vimos, sería necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Cfr. M.L Segoviano Astaburuaga, *El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores*, en: Revista jurídica de Castilla y León, N.º. 2, 2004, p. 157.

<sup>541</sup> Esta afirmación es también conocida como "tutla multinivel de los derechos". Cfr. P. Bilancia, *Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos*, en: ReDCE, No 6, julio-diciembre de 2006, pp. 255-277.

<sup>542</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 8.

<sup>543</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: J. García Roca, y P.A. Fernández Sánchez, (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 4.

económica siempre y cuando, como ya lo hemos visto, respondan a objetivos de interés general perseguidos por la comunidad y “no constituyan, habida cuenta del objeto perseguido una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado”<sup>544</sup>

### 3.4. UBICACION DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO COMUNITARIO

Como sabemos, y tal como se ha venido produciendo en el proceso de integración de la Unión Europea, en el ámbito comunitario la empresa constituye la principal finalidad de actuación de las normas comunes sobre la competencia, específicamente en lo relativo a las disposiciones que recogen los supuestos de prohibiciones<sup>545</sup> de acuerdos en las empresas, o prácticas de las mismas que afecten a la competencia, como el abuso de posición dominante o mantener medidas contrarias a los principios fundamentales del Tratado de la Unión Europea, tal y como veremos con detenimiento en la tercera parte de nuestro estudio.

No obstante, ha sido el juez comunitario quien ha iniciado la labor de determinar el alcance y significado de la noción de empresa en el ordenamiento europeo, de manera que tal y como ya lo mencionábamos es la jurisprudencia comunitaria la que da origen a la libertad de empresa en el ámbito de la Unión Europea<sup>546</sup>.

---

<sup>544</sup> *Ibíd.*, p. 48.

<sup>545</sup> Para Ferrajoli, dentro del ámbito de lo indecible hallamos dos esferas: la primera esfera es la de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad, como en el caso de nuestro derecho objeto de análisis. La segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales”. El conjunto de estas prohibiciones y obligaciones, abarca la totalidad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos. Cfr. A.M. Alterio, *La “esfera de lo indecible” en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*, Universitas. *En: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 13, enero 2011, p.10.

<sup>546</sup> Un ejemplo de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha creado jurisprudencia sobre la libertad de empresa, aun cuando jamás entró en vigor el Proyecto de Tratado Constitucional, son las SSTJCE de 12 de julio de 2005 (asuntos C-154/04 y C-155/04); y 29 junio 2006 (asunto C-308/04). La primera de Alliance for Natural Health y otros, sobre la Directiva 2002/46/CE, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de

Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “la empresa consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales vinculada a una persona física o jurídica y que persigue de forma duradera una finalidad económica determinada”<sup>547</sup>, en virtud de esta definición, podríamos afirmar que la empresa es una organización que se caracteriza por tener capacidades jurídicas, y de actuación, así como una independencia económica.

Igualmente, se ha establecido que se está en presencia de una empresa, cuando una entidad ejerza una actividad económica independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modelo de financiación<sup>548</sup>, en este caso, el juez comunitario no se muestra interesado en las facultades jurídicas de la entidad que ejerce la actividad económica, sino en el simple hecho de su ejercicio, dando relevancia al mercado y al derecho comunitario de la competencia<sup>549</sup>.

Como ya mencionábamos, los derechos y libertades que más pueden condicionar la validez de las normas en el ordenamiento interno<sup>550</sup> de los Estados miembros, así como el funcionamiento de las actividades económicas desarrolladas en torno a las facultades que otorga el Derecho comunitario, y que a su vez se encuentran relacionados a la libre iniciativa económica son fundamentalmente las libertades

---

complementos alimenticios. Y la segunda de SGL Carbon AG, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, que profundizaremos en seguida.

<sup>547</sup> STJCE asuntos acumulados C-159/91 Chistrian Poucet c. Assurances générales de France y Caisse mutuelle regionale du Languedoc-Rousillon (Camulrac) y C-190/91 Daniel Pistrec. Caisse Autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Canvaca), de 17 de febrero de 1993.

<sup>548</sup> STJCE, C-41/90 Klaus Höfner y Fritz Elser c. Macroton GMBH., de 23 de abril de 1991.

<sup>549</sup> Cfr. A. Lucarelli, *Art. 16. La libertà di impresa*, en: L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Il Mulino, Bolonia, 2001, p. 132.

<sup>550</sup> Se ha manifestado por parte de algunos autores, que el derecho comunitario incide de gran manera en los ordenamientos internos de los Estados miembros, sobre el modelo económico en la Constitución y en particular sobre su incidencia en la libertad de empresa. Un ejemplo serían algunas críticas sobre la Directiva de Servicios que estudiaremos más adelante, de la que se ha llegado a decir que "pocas veces habrá una norma comunitaria que vaya a afectar tan radical y extensamente a todo el ordenamiento interno". Cfr. T. de la Quadra-Salcedo, *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 10.

comunitarias de: circulación de mercancías, derecho de establecimiento, prestación de servicios y movimiento de capitales, así como las normas sobre defensa de la competencia<sup>551</sup>.

Respecto a la circulación de mercancías<sup>552</sup>, es preciso destacar que históricamente, fue gracias a ella que se llegó a concretar la idea de Unión Aduanera; la libre circulación de mercancías y aranceles comunes con terceros países, fue el primer paso que anticipaba un mercado único en todo el territorio comunitario con libertad en la circulación de los factores de producción<sup>553</sup>, es decir: capital y trabajo<sup>554</sup>.

Con el Acta Única Europea de 1986 y las consiguientes actuaciones tendentes a la armonización de las legislaciones nacionales, especialmente en España, donde fundamentalmente con el objetivo de hacer desaparecer las barreras técnicas a las libertades comunitarias de circulación, dentro de la estrategia diseñada en el Libro Blanco de la Comisión, de 1985, en la que, sin embargo, la técnica de la armonización cedía terreno a una apuesta por un nuevo enfoque para lograr la eliminación de las

---

<sup>551</sup> En síntesis, podemos afirmar que los objetivos de la Unión Europea en el ámbito económico, definidos por el art. 2 del Tratado de la Unión, se confían básicamente a tres líneas de actuación: en primer lugar, la creación de un mercado interior, a través del pleno desarrollo de las cuatro libertades comunitarias de libre circulación y de las políticas comunes y las medidas complementarias previstas en los Tratados; en segundo lugar, el establecimiento de un régimen común de disciplina de la competencia; y en tercer lugar, el establecimiento de una unión económica y monetaria. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º 14, 1993, p. 130.

<sup>552</sup> Cfr. M.A. García Díaz, *El Gobierno de la economía en la Unión Europea*, en: Revista de Derecho de la Unión Europea, N.º 16, 1er semestre 2009, p. 159.

<sup>553</sup> Desde un punto de vista jurídico y al salvar las distancias, la disposición firme de un principio de libre circulación de los factores de producción esta es "la palanca con la que se fuerza la creación de un mercado único" donde antes existían territorios económicamente independientes. Cfr. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º 14, 1993, pp. 39 y ss.

<sup>554</sup> Aparte de estos dos factores, que desde hace tiempo mantienen una relación de conflicto, se le sumaría otra: entre los consumidores, el capital y el trabajo en los sectores expuestos a la libre competencia. Cfr. A. Cántaro, *El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein*, en: Revista de Derecho Constitucional, N.º 5, enero-junio, 2006, traducción de J. Delgado y M. Criado, p. 59.



barreras no arancelarias a la libre circulación de mercancías, basada esencialmente en el reconocimiento mutuo<sup>555</sup>.

Por otro lado, el artículo 75 del Tratado de la Unión<sup>556</sup>, establece que se pueden llevar a cabo medidas administrativas, cuando se requieran, para poder alcanzar *un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros*, así como lo señala el artículo 67 del mismo cuerpo legal, dentro de estas medidas, encontramos aquellas destinadas al *movimiento de capitales y pagos, es decir, la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales*.

Como se sabe, el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los mercados financieros es inevitable si se interviene en una economía de mercados donde lógicamente los participantes son, entre tantos ejemplos, corporaciones multinacionales de las economías nacionales, de hecho, éste es uno de las características que implica la globalización<sup>557</sup>.

De forma que una vez más, la Unión Europea llama al desarrollo de las instituciones nacionales de sus Estados miembros, a seguir el mismo ritmo que el desarrollo de los mercados financieros internacionales, es así como la globalización de la economía ha avanzado en torno a las decisiones políticas de este tipo.

---

<sup>555</sup> Cfr. E. Albertí Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, p. 142.

<sup>556</sup> Al tenor literal del artículo: Cuando sea necesario para lograr los objetivos enunciados en el artículo 67, en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, un marco de medidas administrativas *sobre movimiento de capitales y pagos*, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales.

<sup>557</sup> Cfr. R. Aguilera Portales y D. R. Espino Tapia, *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho*, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, pp. 128 y ss.

Por otra parte, es válido afirmar que las empresas extranjeras tienen el *elemento coactivo*<sup>558</sup> frente a los gobiernos de que si no ceden a sus solicitudes, localizarán su inversión en otra nación. No obstante, eso también pueden hacerlo las empresas nacionales, cuando hay libertad de movimiento de capitales.

En cuanto al derecho de establecimiento recogido en los artículos 49 y 50 del Tratado de la Unión<sup>559</sup>, ambos artículos disponen una indudable base del derecho comunitario originario que permite la creación de un espacio o mercado único europeo de libertad de circulación y establecimiento de personas, servicios y actividades comerciales que profundicen la unidad europea.

En el asunto C-268/99 Aldona Malgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justitie<sup>560</sup>, cuya Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2001, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), interpreta los artículos 44 y 58 del Acuerdo Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la República de Polonia<sup>561</sup>, de fecha 13 de diciembre de 1993 (DOCE L 348, de 31 de diciembre de

---

<sup>558</sup> Cfr. F. Comín y P. Martín Aceña, *Rasgos históricos de las empresas en España. Un Panorama*, en: Revista de Economía aplicada, N° 12, (vol. iv), 1976, p. 107.

<sup>559</sup> Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2010/C 83/01, de fecha 30 de marzo de 2010.

<sup>560</sup> El motivo de la referida causa se ha desarrollado a partir de un litigio entre dos nacionales polacas, las Señoras Jany y Szepietowska, y cuatro nacionales checas, Señoras Padevetova, Zagalova, Hrubcinova y Überlackerova, y el *Staatssecretaris van Justitie* (Secretario de Justicia neerlandés). Estas particulares procedentes de la Europa del Este han fijado su residencia en los Países Bajos en fechas distintas, entre mayo de 1993 y octubre de 1996, conforme a la ley de extranjería y trabajando en Ámsterdam como *prostitutas de escapate*. Tras haberseles denegado por el Jefe de Policía de Ámsterdam-Amstelland su solicitud de permiso de residencia, las demandantes alegan respectivamente el efecto directo del art. 44 del Acuerdo con Polonia y del art. 45 del Acuerdo con la República Checa, y sobre la base de este precepto un *derecho de entrada y residencia* en los Países Bajos en tanto que trabajadoras independientes, así como un *derecho de trato no menos favorable* que aquél que es reservado a los propios nacionales holandeses.

<sup>561</sup> El artículo 44, apartado 3, del Acuerdo de asociación Comunidades-Polonia, que impone a los Estados miembros la prohibición de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los nacionales polacos en materia de establecimiento debe interpretarse en el sentido de que establece, en el ámbito de aplicación del Acuerdo, un principio preciso e incondicional suficientemente operativo para ser aplicado por un juez nacional y que, por consiguiente, puede regir la situación jurídica de los particulares. El efecto directo que, por tanto, debe reconocerse a dicha disposición implica que los nacionales polacos que las aleguen pueden invocarla ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida, aunque las autoridades de éste siguen siendo competentes para

1993). Así como los arts. 45 y 59 del Acuerdo Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la República Checa<sup>562</sup>, de fecha 19 de diciembre de 1994 (*DOCE* L, de 31 de diciembre de 1994). No obstante, dicha interpretación jurisprudencial será vinculante asimismo para el resto de los Acuerdos Europeos dado el mismo tenor literal, objeto y finalidad<sup>563</sup>.

En esta Sentencia se ha pronunciado básicamente, sobre si las señoras ciudadanas (dos nacionales polacas, y cuatro nacionales checas) se benefician, en tanto en cuanto trabajadoras independientes que ejercen como "prostitutas de escaparate", de un derecho de entrada y de residencia en el territorio de los Países Bajos, y por extensión en todos los Estados miembros, como consecuencia de la libertad de establecimiento reconocida en cada uno de los Acuerdos Europeos.

El Tribunal concluye en su Sentencia que los arts. 44 del Acuerdo Europeo con Polonia y 45 del Acuerdo con República Checa gozan de *efecto directo* de manera que pueden ser invocados por los interesados ante las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, tales disposiciones en conjunción con los arts. 58 y 59 siempre de los respectivos Acuerdos, han de interpretarse en el sentido de que el derecho de establecimiento que ellos instituyen no comprende la obligación para los Estados

---

aplicar a tales nacionales la normativa nacional en materia de entrada, estancia y establecimiento, conforme al artículo 58, apartado 1, de dicho Acuerdo. (véanse el apartado 28 y el punto 1 del fallo)

<sup>562</sup> El artículo 45, apartado 3, del Acuerdo de asociación Comunidades-República Checa, que impone a los Estados miembros la prohibición de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los nacionales checos en materia de establecimiento debe interpretarse en el sentido de que establece, en el ámbito de aplicación del Acuerdo, un principio preciso e incondicional suficientemente operativo para ser aplicado por un juez nacional y que, por consiguiente, puede regir la situación jurídica de los particulares. El efecto directo que, por tanto, debe reconocerse a dicha disposición implica que los nacionales checos que las aleguen pueden invocarla ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida, aunque las autoridades de éste siguen siendo competentes para aplicar a tales nacionales la normativa nacional en materia de entrada, estancia y establecimiento, conforme al artículo 59, apartado 1, de dicho Acuerdo. (véanse el apartado 28 y el punto 1 del fallo)

<sup>563</sup> Véase, también los arts. 44 y 58 de los Acuerdos con Hungría, Lituania y Letonia; arts. 45 y 59 con la República Checa, la República Eslovaca, Bulgaria, Rumania y Eslovenia; arts. 43 y 53 del Acuerdo con Estonia.

miembros de conceder un derecho absoluto de entrada y residencia a sus territorios y, por tanto, éstos pueden aplicar sus propias normas de extranjería<sup>564</sup>.

Valiéndonos de los Acuerdos de asociación de la Comunidad Europea con Polonia y la República Eslovaca, podemos definir a la libertad de establecimiento como "*el derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia y a establecer y gestionar empresas, particularmente sociedades, que controlen efectivamente*"<sup>565</sup>, en general, podemos afirmar, que lo que se pretende es alcanzar un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicio y la libertad de establecimiento, en consecuencia eliminar la inseguridad jurídica producto de la extensión y complejidad de los procedimientos administrativos, introduciendo principios de simplificación administrativa, reduciendo los procedimientos, ampliando el derecho a la información<sup>566</sup>, entre varios otros ejemplos.

El derecho de establecimiento, tal como está definido en los Acuerdos de asociación referidos, implica que confiere "*un derecho de entrada y un derecho de estancia*", a los nacionales polacos que deseen ejercer actividades de carácter industrial, comercial y artesanal o profesiones liberales en un Estado miembro. Sin embargo, de dicho Acuerdo se desprende que estos derechos de entrada y de estancia no constituyen prerrogativas absolutas, ya que, en su caso, las normas del Estado miembro de acogida relativas a la entrada, estancia y establecimiento de los nacionales polacos pueden limitar su ejercicio.

---

<sup>564</sup> Aplicable para el mismo caso del derecho de establecimiento, la jurisprudencia habida en los asuntos Gloszczuk (C-63/99), sobre el Acuerdo de asociación CE-Polonia, Kondova (C- 235/99), sobre el Acuerdo de asociación CE-Bulgaria y Barkoci y Malik (C-257/99) sobre el Acuerdo de asociación CE-República Checa, de fecha 27 de septiembre de 2001.

<sup>565</sup> Esta noción de libertad de establecimiento, deriva del artículo 45, apartado 1, en relación con el artículo 59, apartado 1, del Acuerdo de asociación con Bulgaria, el artículo 44, apartado 3 en relación con el artículo 58, del Acuerdo de asociación con Polonia y el artículo 45, apartado 3 en relación con el artículo 59 del Acuerdo de asociación con la República Eslovaca que confieren a los nacionales de dichos Estados los derechos de entrada y residencia, como corolarios del derecho de establecimiento que, sin embargo, pueden ser limitados por las normas del Estado miembro de acogida que regulan la entrada, la estancia y el establecimiento de los nacionales de dichos Estados.

<sup>566</sup> I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, pp. 3 y ss.

No obstante, consideramos que es necesario limitar esta eliminación de fronteras para poder desarrollar eficazmente la libertad de establecimiento, normalmente, se imponen lineamientos de control, justificados por la defensa de razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente.

Asimismo, cabe hacer notar que en caso en que un empresario miembro de la Unión, proponga un traslado de sede social de un Estado miembro a otro Estado miembro, la libertad de establecimiento no comprende el derecho de una sociedad a trasladar su sede de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio de la Ley aplicable a dicha sociedad. En consecuencia, dicha "emigración intracomunitaria"<sup>567</sup> de las sociedades estará sujeta a las Leyes nacionales de los Estados miembros implicados en dicho traslado. Sin embargo, y como ya se sabe, la libertad comunitaria de establecimiento debe ser respetada por las normativas nacionales en caso de conflicto de Leyes.

El mismo fallo del asunto C-268/99 el TJCE expresa que en los Acuerdos ya mencionados, se señala la "prohibición impuesta a los Estados miembros de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los nacionales (polacos o checos en este caso) en materia de establecimiento y la competencia de las autoridades del Estado miembro de acogida para aplicar las normativas nacionales en materia de entrada, estancia y establecimiento, a condición de no hacer imposible o excesivamente difícil a los nacionales polacos el ejercicio de los derechos que les son concedidos (...)" por los artículos del acuerdo que ahora nos ocupan.

Estos artículos interpretados conjuntamente, no se oponen en principio a un sistema nacional de control previo que supedita la expedición de un permiso de entrada y de residencia por parte de las autoridades competentes en materia de inmigración al requisito de que el solicitante pruebe que tiene realmente la intención

---

<sup>567</sup> Cfr. F. Martínez Rivas, *Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada*, en: Cuadernos de Derecho Transnacional 2009, vol. 1, no 1, pp. 137 y ss.

de iniciar una actividad laboral por cuenta propia, sin ejercer simultáneamente un trabajo por cuenta ajena ni recurrir a los fondos públicos, y que dispone desde un primer momento de recursos económicos suficientes y tiene posibilidades razonables de conseguir sus objetivos.

En ese mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional español, se ha manifestado en relación al derecho de establecimiento aplicando un "control superficial de los límites a la libertad de empresa<sup>568</sup>", manteniendo que la exigencia de una licencia comercial para la apertura de determinados establecimientos comerciales resulta plenamente compatible con la Constitución.

Un claro ejemplo de dicha afirmación, es la Sentencia 225/1993<sup>569</sup>, en donde el Tribunal declara la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales. Este precepto exigía la autorización del gobierno autonómico para la apertura de grandes superficies, es decir, de grandes establecimientos comerciales, en donde la misma Sentencia, determinó que "no cabe oponer el interés de una Comunidad Autónoma de proteger a ciertas categorías de establecimientos comerciales - interés al que se alude en el Preámbulo de la Ley valenciana 8/1986- ya que la finalidad de la medida estatal se enlaza con la protección de intereses

---

<sup>568</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*Libertad de empresa e integración europea: ...*", ob. cit., p. 9.

<sup>569</sup> STC 225/1993, F.J. 3 C), de fecha 8 de julio de 1993. En esta Sentencia, el Tribunal, primer lugar, estimó que en el caso resuelto por la STC 52/1988 la atribución al Estado de la competencia sólo vendría dada si la regulación estatal "hubiera de entenderse comprendida entre los aspectos básicos de la actividad económica general (...) o entre las condiciones básicas que permiten garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales - art. 149.1 C.E.- y, en concreto, en el ejercicio de la libertad de empresa -art. 38 C.E.-". En segundo término, aun reconociendo que "entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional" -lo que igualmente cabe reconocer de la libertad de circulación y establecimiento de las personas en todo el territorio español, también garantizada por el art. 139.2 C.E. y que ha sido invocada en alguna de las alegaciones formuladas en este proceso-, el Tribunal estimó que la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el art. 149.1.1 C.E. y en el precepto del Estatuto de Autonomía, por extensiva que se pretenda, no impide la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, "ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación en la producción.

económicos generales por los que debe velar el Estado, como es el caso de *la liberalización del mercado de la distribución en todo el territorio nacional y de la potenciación de la actividad económica*. Y ello con independencia de considerar que cualquiera medida proteccionista de alcance puramente local puede limitar, en mayor o menor medida, la actividad económica y, además, es susceptible de producir, en un plazo más o menos largo, no sólo perturbaciones en el funcionamiento del mercado sino también consecuencias negativas para la modernización y optimización de las estructuras empresariales, como se ha puesto de relieve en el ámbito de la Comunidad Económica Europea<sup>570</sup>.

En definitiva, el derecho de establecimiento es una propuesta para la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades comerciales o de prestación de servicios entre Estados miembros, y que es considerado por la Unión Europea como un medio esencial para reforzar la integración entre los pueblos de Europa y para fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible<sup>571</sup>.

Sobre las libertades comunitarias de prestación de servicios y la defensa de la competencia, abordaremos un amplio análisis en la tercera parte de nuestro trabajo, especialmente sobre la Directiva de servicios 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, además de las distintas normas de competencia que contemplan tanto las prácticas restrictivas y de falseamiento de la competencia y de abuso de posición dominante por parte de las empresas.

---

<sup>570</sup> Con estas palabras el Tribunal Constitucional hace una clara manifestación de compartir los objetivos de la Unión Europea también dentro del territorio español.

<sup>571</sup> La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros se considera por la Unión Europea como un medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible. Cfr. A. Domínguez Vila, y G. Pérez Sánchez, *La libertad de prestación y establecimiento de servicios. La Directiva 123/2006. Su trasposición a los O.J. Autonómicos*, pp. 14 y ss.

### 3.5. POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTENIDOS BÁSICOS QUE DEBE RESPETAR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como ya hemos estudiado, la adhesión de España a las Comunidades europeas tuvo lugar con efectos de 1 enero de 1986, la base constitucional de la asunción del Derecho comunitario fue el artículo 93 CE, que había sido pensado en el periodo constituyente para tal acontecimiento y sólo operativo posteriormente para las reformas y ampliaciones acaecidas en la integración europea, con la excepción de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>572</sup>.

En otro sentido, pero en el mismo orden de ideas, la fallida Constitución europea recogía la cláusula afirmadora de la primacía del Derecho Comunitario<sup>573</sup> (que más tarde desaparecería expresamente en el Tratado de Lisboa). De modo que la democracia europea transfigura y remodela la democracia interna, pero también se convierte en un pilar de su preservación<sup>574</sup>. Y por estos motivos es que en algún momento se ha visto cómo al criterio del TJUE y del Tribunal Constitucional español ha sido emitida alguna Sentencia resolviendo litigios jurídicos sometidos paralela o consecutivamente a los mismos Tribunales.

Entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, existen episodios políticamente trascendentes, en donde se ventilan casos de infracción de las normas del mercado interior, en concreto de la libertad de establecimiento y de circulación de capitales, cuando el TJCE condenó en una sentencia de 13 de mayo de

---

<sup>572</sup> El Consejo de Estado dictaminó que el fundamento constitucional apropiado para obligarse por este tratado era el artículo 93 CE, gracias al Dictamen 1374/99, de 22.7.99. Y así se hizo mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. BOE de fecha 5 de mayo de 2000.

<sup>573</sup> Situada inmediatamente después de la proclamación de la estructura y los valores constitucionales de cada Estado miembro, en el artículo I-5, que establecía que se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión. Conferencia de los representantes de los gobiernos de los estados miembros. Bruselas, de fecha 13 de octubre de 2004.

<sup>574</sup> Cfr. J. Roldán Barbero, *La Unión Europea y la soberanía de España*, en: ReDCE. Año 6. N.º. 12., Julio-diciembre/2009. p.243.



2003, asunto 463/00<sup>575</sup>, los regímenes que regulaban la *golden share* ("acción de oro") española y británica, al considerar que los sistemas relativos a las empresas Repsol, Telefónica, la antigua Argentaria, Tabacalera (hoy Altadis), Endesa y British Airports Authority, se contraponían a la libre circulación de capitales<sup>576</sup>.

En el asunto C-207/07<sup>577</sup>, se condenó a España por no haber transpuesto a tiempo las directivas de liberalización del mercado del gas y de la electricidad, respectivamente.

La Sentencia, resuelve respecto al sometimiento a una autorización previa de la Comisión Nacional de Energía, la adquisición de participaciones en empresas del sector de la energía y de determinados activos de éstas. Se declara en ella, el incumplimiento de Estado mediante infracción de los artículos 43 CE y 56 CE (ahora 49 CE y 63 CE) a través de legislación nacional que somete a autorización previa de una comisión especial (Comisión Nacional de Energía) la adquisición de ciertas participaciones en empresas que realizan determinadas actividades reguladas del sector de la energía<sup>578</sup>.

---

<sup>575</sup> Sentencia que resuelve el incumplimiento de Estado (Artículos 43CE y 56CE) Régimen de autorización administrativa relativo a empresas privatizadas. Asunto C-463/00, de fecha 13 de mayo de 2003.

<sup>576</sup> En esta ocasión, la resolución se refería la Ley 5/1995 sobre el régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas que regula los requisitos para la privatización de algunas empresas del sector público español. Tras afirmar que el Tratado CE prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, el TJCE recordó que podía estar justificado que los Estados miembros conservasen cierta influencia en las empresas inicialmente públicas que se privatizasen posteriormente, cuando dichas empresas actuasen en el ámbito de los servicios estratégicos o de interés general, pero no aceptó que en el caso de Tabacalera y de la ya extinta Argentaria, la normativa pudiese estar justificada por razones de interés general ligadas a exigencias estratégicas y a la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos, puesto que en su opinión estas empresas no tenían por objeto la prestación de servicios públicos. Por el contrario, en lo que se refiere a Repsol, Endesa y Telefónica, el Alto Tribunal admitió que los obstáculos a la libre circulación de capitales podían verse justificados por una razón de seguridad pública.

<sup>577</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.

<sup>578</sup> El TJCE Declara que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, libre circulación de capitales y de la libertad de establecimiento (ahora artículos 45 y 49 CE) al haber adoptado las disposiciones del apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta de la Comisión Nacional de Energía que figura en la disposición adicional

Al considerar que, con el establecimiento de este nuevo sistema, España incumplía las obligaciones que le incumben en virtud de la libre circulación de capitales y de la libertad de establecimiento, la Comisión europea interpuso un recurso por incumplimiento ante el TJCE en abril de 2007.

En su sentencia, el TJCE estimó que el nuevo sistema de autorización previa restringe ambas libertades fundamentales<sup>579</sup>. Porque, por un lado, constituye una restricción a la libre circulación de capitales en la medida en que puede disuadir a los inversores establecidos en los Estados miembros distintos de España de adquirir participaciones en las empresas españolas que operan en el sector energético y, por tanto, puede impedir o limitar la adquisición de participaciones en dichas empresas.

Por otro lado, entraña una restricción a la libertad de establecimiento. A las alegaciones españolas, que invocaban el principio de seguridad pública, el TJCE precisa que sólo puede invocarse en caso de que *exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y declara que la mera adquisición de participaciones en empresas que realicen determinadas actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades no puede, en principio, considerarse en sí misma como una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del suministro de energía*<sup>580</sup>.

---

undécima, tercero 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero de 2006, con el fin de someter a autorización previa de la Comisión Nacional de Energía la adquisición de ciertas participaciones en las empresas que realicen determinadas actividades reguladas del sector de la energía, así como la adquisición de los activos precisos para desarrollar tales actividades.

<sup>579</sup> Además, el TJCE considera que España no ha demostrado que el objetivo perseguido no pudiera alcanzarse mediante medidas menos restrictivas, en particular mediante un sistema de declaraciones a posteriori. En consecuencia, declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los principios de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento, al haber adoptado las disposiciones relativas a la nueva función de la Comisión Nacional de Energía.

<sup>580</sup> Así pues, considera que el régimen español de autorización previa es desproporcionado en relación con el objetivo de garantizar la seguridad del suministro energético.

Es importante destacar que en la formulación de una economía comunitaria cuya integración está basada en el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, consideramos que es necesario analizar constantemente el desarrollo jurisprudencial, ya que dichos principios fundamentales del derecho positivo, son aplicados, y de igual manera, consideramos que es preciso estudiar si la labor del Tribunal<sup>581</sup> contribuye a la construcción del ordenamiento comunitario<sup>582</sup>, dando sentido a dichos postulados.

Recordemos que, en los inicios del proceso de integración, los pronunciamientos exhibidos por el TJCE, manifestaban una tendencia clara en la que la autonomía de las constituciones de los países miembros tenía un peso determinante, que obedecía a la no interferencia recíproca entre ambos órdenes normativos, el de los Estados miembros y el comunitario; podríamos destacar que el único fin que se perseguía era la integración de los mercados. Es necesario destacar que, en este primer período fundacional, la interpretación de la libre circulación intracomunitaria de los factores de producción, buscaba eliminar prácticas de discriminación y proteccionismo, y no prohibir cualquier obstáculo injustificado al comercio.

Se sostiene que ante las reticencias de los tribunales de algunos Estados miembros, particularmente los constitucionales, frente al punto de vista comunitario, el Tribunal de Justicia reaccionó con una jurisprudencia en la que asume un papel de protector del respeto de los derechos fundamentales<sup>583</sup> en la Comunidad, manteniendo que la

---

<sup>581</sup> Se ha sostenido desde su creación, que la función principal del Tribunal, es garantizar que la legislación europea se cumple y se interpreta uniformemente en toda la Comunidad. Cfr. J. Drew, y otros, *La empresa en la CEE: cómo exportar, importar, invertir, influir y gestionar en Europa*, Hispano Europea, Barcelona, 1982, p. 86.

<sup>582</sup> Asimismo, aunque no se cuente con un elenco de derechos en los Tratados, el TJCE siempre ha mostrado un compromiso con los derechos fundamentales<sup>2</sup>, en particular, para que haya venido declarando desde los años 70 que tales derechos poseen la consideración de principios generales del ordenamiento comunitario.

<sup>583</sup> Un ejemplo del deseo de esta jurisprudencia por la protección a los derechos fundamentales, es la expresión del Tribunal en 1977 a través de la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sobre el respeto de los Derechos Fundamentales, de fecha 5 de abril de 1977 (DOCE N° C 103/1).

base o fuente de inspiración para delimitar estos derechos fundamentales europeos<sup>584</sup>, la constituyen los Convenios internacionales y las Constituciones de los Estados miembros<sup>585</sup>. Tampoco ha significado para el Tribunal Judicial de la Unión, una frustrada entrada en vigor del Proyecto de Tratado Constitucional, un freno para la protección de la libertad de empresa como lo demuestran las Sentencias de fecha 12 de julio de 2005 asuntos C-154/04 y C-155/04<sup>586</sup>; y la STJCE asunto C-308/04, de fecha 29 junio 2006<sup>587</sup>.

Este tipo de jurisprudencia tiene origen en la histórica negativa de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano a reconocer la supremacía incondicionada del Derecho comunitario en aquellos casos en los que las normas comunitarias podían lesionar derechos reconocidos y protegidos en las Constituciones nacionales. Esta postura de los Tribunales constitucionales italiano y alemán suponía, en términos prácticos, una eventual inaplicación por las autoridades nacionales de ciertas normas comunitarias o resoluciones del Tribunal de Luxemburgo, lo que, por supuesto, produjo una situación conflictiva de difícil y confusa solución<sup>588</sup>.

La primera vez que el TJCE reconoce como un principio general del Derecho comunitario al libre ejercicio de la actividad económica, lo hace a través de la Sentencia de 14 de mayo de 1974, en el caso J. Nold, Kohlen - und

---

<sup>584</sup> Esta postura del TJCE se manifiesta en la Sentencia *Stauder*, de fecha 12 de noviembre de 1969, Asunto 29/69 *Stauder*. Con posterioridad, el Tribunal de Luxemburgo reiterará dicha posición en numerosos pronunciamientos (véase, por ejemplo, STJCE de 17 de diciembre de 1970, Asunto 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*; STJCE de 14 de mayo de 1974 Asunto 4/73 *Nold*; STJCE de 27 de octubre de 1976, Asunto 130/75, *Prais*)

En Italia, encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano, Sentencia *Frontini*, de fecha 18 de diciembre de 1973, o en Alemania, la del Tribunal alemán, Sentencia *Solange I*, de 24 de mayo de 1974.

<sup>585</sup> S. Muñoz Machado, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993, p. 85.

<sup>586</sup> Sentencia referida a los asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04, *The Queen*, a instancia de Alliance for Natural Health y otros, contra Secretary of State for Health y National Assembly for Wales, en donde la problemática planteada fue la Prohibición de comercializar los productos que no se atienen a la Directiva 2002/46/CE.

<sup>587</sup> Asunto C-308/04 P, SGL Carbón AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, Recurso de casación ante una práctica colusoria sobre la libre competencia, y la aplicación del Artículo 81 CE, apartado 1, sobre Directrices para el cálculo del importe de las multas.

<sup>588</sup> Cfr. J.M. Herreros López, *El contenido social de la carta de los derechos fundamentales en*: Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid, N° 7, 2004, pp. 2 y ss.

Baustoffgrosshandlung, sociedad en comandita alemana; que consistía en un recurso de anulación de la decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1972, relativa a la autorización de un nuevo régimen comercial de Ruhrkohle AG, y que el TJCE desestimó<sup>589</sup>.

Más adelante, este derecho de libre ejercicio de la actividad económica sería consagrado como una libertad en el Derecho comunitario, en la Sentencia del TJCE del 13 de diciembre de 1979, en la que se solicitaba al Tribunal referido, que se pronunciara en base a cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Reglamento (CEE) n° 1162/76 del Consejo, de 17 de mayo de 1976, por el que se establecen medidas *para adaptar el potencial vitícola a las necesidades del mercado*, la autorización para plantar cepas en un terreno de su propiedad en la región de Bad Dürkheim.

Esta autorización le fue inicialmente denegada porque, según las normas de la legislación alemana aplicable en la materia, a saber, la Ley de medidas en el ámbito de la economía vitivinícola, la parcela de que se trataba no se consideraba apropiada para el cultivo de la vid. El TJCE reconoce que la restricción impuesta al ejercicio del derecho de propiedad en este caso, está “justificada por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no vulnera la substancia del derecho de propiedad tal como lo reconoce y garantiza el ordenamiento jurídico comunitario”.

<sup>590</sup>

De tal manera que el TJCE sostiene que, si bien el ordenamiento constitucional de varios Estados miembros garantiza el libre ejercicio de actividades profesionales, el derecho garantizado de este modo, lejos de constituir una prerrogativa absoluta, debe considerarse, también él, con arreglo a la función social de las actividades protegidas,

---

<sup>589</sup> La STJCE de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73. J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung contra la Comisión de las Comunidades Europeas, ventilaba la petición de anulación de la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1972 relativa a la autorización de un nuevo régimen comercial de Ruhrkohle AG (DO 1973, L 120, p. 14) y, con carácter subsidiario, la declaración de nulidad e inaplicabilidad de dicha Decisión, en la medida en que afecta a la demandante.

<sup>590</sup> Asunto 44/79, STJCE, de fecha de 13 de diciembre de 1979.

de manera que esta limitación es sólo la consecuencia de la restricción impuesta al ejercicio del derecho de propiedad.

El TJCE permanece bajo la misma línea de interpretación de esta libertad en Sentencias sucesivas, en temas relacionados a la libre competencia, propiedad intelectual, normas laborales, y responsabilidad ambiental, entre otros<sup>591</sup>. En una de sus Sentencias, la de 9 de marzo de 2010, sobre la prevención y reparación de daños ambientales, bajo el principio de “quien contamina paga”<sup>592</sup>, y en casos de peticiones presentadas ante el Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia (Italia)<sup>593</sup>, en la que a propósito de la violación del derecho de propiedad que invocan las sociedades demandantes, el TJCE mantiene que: *“según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, el cual, no obstante, no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada*

---

<sup>591</sup> Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE exigen la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (véanse las Sentencias de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99; Sentencia de 5 de octubre de 2004, Caixa Bank France, C-442/02; Sentencia de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, y Sentencia de 26 de octubre de 2006, Comisión/Grecia, C-65/05.

<sup>592</sup> STJCE 9/03/2010, asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08, ante el Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Italia contra Raffinerie Mediterranee SpA (ERG), Polimeri Europa SpA, Syndial SpA (C-379/08), ENI SpA (C-380/08), en referencia a los artículos 7 y 11, apartado 4, de la Directiva 2004/35 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, en relación con el anexo II de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que la autoridad competente está facultada para modificar sustancialmente las medidas reparadoras de daños medioambientales que han sido adoptadas tras un procedimiento contradictorio llevado a cabo en colaboración con los operadores interesados y cuya ejecución ha comenzado o acabado.

<sup>593</sup> Desde la doctrina italiana se ha matizado que la libertad para contratar tiene una posición instrumental en relación con la libre iniciativa económica. No se trata de una Garantía global de la autonomía contractual, sino que se protege ésta en la medida en que constituye una forma de ejercicio de la actividad empresarial. Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE)* en: García Roca, J., y Fernández Sánchez, P.A., (Coord.), Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 11.

*e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado*<sup>594</sup>, para ampliar, ver las sentencias de 13 de diciembre de 1979 del TJCE<sup>595</sup>.

Ahora bien, siguiendo con nuestro objeto de estudio, debemos recordar que hasta las reformas producidas por la adopción del Acta Única y por Maastricht, como hemos visto, que han sido confrontadas con las constituciones económicas nacionales, se ha sostenido una convivencia entre sistemas que no se ha concebido como contradictoria, sino más bien como convergente, en donde ambas, es decir, constituciones económicas de los países miembros y la normativa comunitaria, correspondían a un proceso común de modernización económica al mismo tiempo que afirmaban su autonomía, buscando la conservación de los estados de bienestar nacionales.

No obstante, consideramos que en la confrontación entre los Estados y la disciplina del Derecho comunitario si hubo una conversión en el concepto de economía de mercado que se configuraba a medida que se desarrollaba el proceso de integración de la Unión Europea, en el que la autoridad comunitaria y sus normas corrigen o “moderan” en forma de intervencionismo social, dicha economía de mercado<sup>596</sup>.

Cabe hacer notar que la política comunitaria conectaba la competencia con la centralidad del mercado y las libertades económicas, mientras que las políticas estatales, se encontraban vinculadas a la atenuación del impacto de los intereses del mercado, a través de la actuación de garantías sociales. Esta cuestión contradictoria, se encuentra presente desde el inicio, entre la forma de Estado social y el

---

<sup>594</sup> Asimismo, se puede afirmar que la jurisprudencia comunitaria citada en este apartado, integra la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, asumida en el Acta Única Europea, que al mismo tiempo “contribuye a suavizar las posiciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros”. Cfr. S. Muñoz Machado, “*La Unión europea y...*”, ob. cit., pp. 85 – 88.

<sup>595</sup> Hauer, 44/79, apartado 23 de 11 de julio de 1989, Schröder HS Kraftfutter, 265/87 apartado 15; de 29 de abril de 1999, Standley y otros, C-293/97, apartado 54, y de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05, apartado 355.

<sup>596</sup> Cfr. G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana: interpretazione e proposte di riforma*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 55.

constitucionalismo económico europeo, como una manifestación de la ruptura del Estado social, y como consecuencia, destaca la tensión entre las constituciones económicas nacionales y la constitución económica comunitaria.

Asimismo, y en consecuencia de lo anterior, es preciso notar la disminución del poder de los Estados, y una reducción de la autoridad estatal en la economía, porque las decisiones que fueran de los Estados, pasan a una autoridad superior, que conforma e integra a los mismos, y de esta manera, la Unión Europea adquiere el rol de la regulación de la competencia, de garante de la abolición de las barreras comerciales, de armonizador, liberador, y controlador de las ayudas estatales a la empresa.<sup>597</sup>

En ese sentido, la contradicción evidente entre ambos modelos, pone de manifiesto el declive de la autonomía económica de los Estados miembros, en donde la construcción de un espacio económico, primero común y después único, y en donde se ha impuesto una constante actividad de desarrollo jurisprudencial a dichos estados, de manera que la dinámica del TJCE, se ha visto impulsada por este proceso, facultándole de competencias vinculadas a generar el proceso de integración económica que se ve obligado a controlar y revisar las relaciones entre las normativas nacionales y las comunitarias<sup>598</sup>, lo cual, vuelve necesario reforzar las garantías de la defensa del interés general que permanece vinculado al funcionamiento y desarrollo del mercado, al que sin dudas, se deben someter los Estados miembros.

---

<sup>597</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2000, p. 293.

<sup>598</sup> El Tribunal, en una sentencia que marcó todo el proceso de integración económica, estableció dos premisas fundamentales que se asentarían en la jurisprudencia posterior, aplicables para aquellos casos o sectores en los que no existiera normativa comunitaria armonizada, como el que se le presentaba a resolver, y donde debían aplicarse las normas estatales relativas a las condiciones de producción y comercialización de los productos. Estas premisas eran las siguientes: *Primera*: que los Estados miembros podrían hacer valer “exigencias imperativas” existentes en su legislación, que deberían aceptarse en la medida que fueran necesarias para la protección de intereses generales. *Segunda*: que tales normas debían superar determinadas condiciones, formuladas en forma de test (*Test de inexistencia de discriminación formal* y *Test de inexistencia de discriminación material o encubierta*), para poder reconocerse como un obstáculo legítimo a la libertad de circulación, de manera que se demostrase que no constituían una discriminación, ya fuera directa o encubierta, a los productos de otros Estados miembros.



En consecuencia, encontramos una infiltración del derecho del mercado único y del derecho de la competencia en las formas de política social de las legislaciones nacionales, de forma que se produce una progresiva invasión en los ordenamientos y modelos sociales de los Estados miembros, ya que son ellos mismos los responsables de la expansión del proceso de integración en los ordenamientos nacionales. Se podría afirmar que lo anterior es parte de las tareas de integración que debe cumplir la Unión europea, para alcanzar sus objetivos, a través de la introducción de normas y jurisprudencia sobre las políticas que los Tratados diseñan y promueven dentro de una identidad político jurídica, para coordinar la cohesión económica y social de la misma<sup>599</sup>.

Como ya se sabe, el Derecho de la Unión Europea que conocíamos como Derecho comunitario o de las Comunidades Europeas, es un conjunto de normas y principios que determinan el funcionamiento y las competencias de la Unión Europea, diferenciándose de esta manera del Derecho internacional así como del orden jurídico interno de los países miembros, bajo una categoría propia denominada sistema comunitario o comunitarismo, emanada de diversas fuentes que múltiples autores<sup>600</sup> han clasificado y catalogado. Así, tenemos el Derecho originario, que acoge los distintos Tratados que los Estados miembros suscriben y dan lugar al Derecho derivado y lo someten, y que además cede si se encuentra en contradicción con el originario. Entre ellos, encontramos los Tratados fundacionales, los modificativos y complementarios, así como también los Tratados de adhesión.

Por otra parte, tenemos al Derecho derivado, que comprende los actos unilaterales y los actos convencionales, entre los actos unilaterales pueden clasificarse: los que figuran en la nomenclatura del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es decir: Reglamentos, Directivas, Decisiones, Dictámenes y Recomendaciones; y los que no figuran en la nomenclatura del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; se trata de actos atípicos como las

---

<sup>599</sup> *Ibíd.* p. 57.

<sup>600</sup> Para el objeto del estudio que hoy nos ocupa, haremos referencia a la clasificación de Guy Isaac y Cerexhe.

Comunicaciones, las Recomendaciones y los Libros blancos y verdes. Asimismo, los Actos Convencionales engloban: los acuerdos internacionales firmados entre la Unión Europea, por una parte, y un tercer país u organización por otra; los acuerdos entre Estados miembros; los acuerdos interinstitucionales, es decir, entre las instituciones de la Unión Europea.

Por otro lado, se cuenta también con las fuentes subsidiarias, que están formadas por elementos del Derecho que no están previstos en los Tratados. Se trata de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Derecho internacional y de los principios generales del Derecho.

Así pues, queremos referirnos a la responsabilidad que tienen los Estados miembros de la Unión Europea por el incumplimiento del Derecho comunitario, derivado de las fuentes que acabamos de repasar, recordemos que dicha responsabilidad emerge a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, en el asunto *Francovich y Bonifaci*<sup>601</sup>. Cuando el Estado miembro incumple las obligaciones de transposición de una Directiva comunitaria genera un desamparo de los particulares por la ausencia de aplicación práctica de derechos que le corresponden en concordancia al ordenamiento jurídico comunitario. Dicho desamparo es imputable al incumplimiento de las obligaciones del Derecho

---

<sup>601</sup> Sentencia *Francovich y Bonifaci* de 19/11/91 Asuntos Acumulados C-6 y 9/90. Referente a la Directiva 80/987 sobre la protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia de la empresa, se establecía en la misma que, en caso de insolvencia del empresario, los trabajadores tenían derecho a cobrar sus salarios impagados, establecía también la fecha límite de transposición, es decir, octubre de 1993. El Estado italiano no la había transpuesto, y la Comisión había interpuesto contra él un recurso por incumplimiento. *Francovich y Bonifaci* acuden a los Tribunales italianos, quienes a su vez plantean a su vez la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Si bien es cierto, la Directiva reconocía un derecho a favor del particular, pero no tenía efecto directo, pues no preveía el sistema de financiación de la garantía salarial, sino que debían ser los estados miembros quienes lo establecieran. Así, el Tribunal resuelve que el Estado está obligado a indemnizar a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario al no transponer la directiva y señala tres requisitos para hacer surgir el derecho a la indemnización: Que la directiva atribuya un derecho al particular, que el contenido de ese derecho puede ser identificable basándose en las disposiciones de la directiva, que existe causa y/o efecto entre el incumplimiento de la obligación del Estado y el daño que sufre el particular. Asimismo, la Sentencia establece que corresponde a los órganos judiciales de los estados miembros regular las medidas procesales para pedir la responsabilidad al estado y que, además, dichas medidas no tendrían que convertir en excesivamente complicada la obtención de la reclamación.

comunitario por parte del Estado y hace surgir la responsabilidad de éste, de manera que el particular podrá obtener una reparación o indemnización que garantiza la plena eficacia de las normas y la plena protección de derechos.

Recordemos que existen tres requisitos fundamentales para que pueda nacer la responsabilidad de un Estado miembro. En primer lugar, los fines y objetivos de la Directiva deben tener como consecuencia una atribución de derechos al particular, asimismo, el contenido de tales derechos podrá ser identificado utilizando las propias disposiciones de la Directiva, y finalmente, se podrá establecer una relación de causalidad entre el daño producido al particular afectado y el incumplimiento de la obligación que pesa sobre el Estado miembro. No olvidemos que la omisión de transponer, el retraso o la transposición incorrecta o parcial suponen una infracción del ordenamiento comunitario.

En España, la integración en la Unión Europea afecta también en las relaciones entre poderes centrales y Comunidades Autónomas. El Consejo de Estado español ha señalado que la norma de incorporación ha de tener el mismo rango que aquellas normas o disposiciones internas que en la actualidad regulan la materia que debe adaptarse a la Directiva.

Dicha cuestión se plantea, sobre todo, en relación a aquellas materias en las que de acuerdo con el derecho español se encuentran sometidas al principio de reserva de ley. En diversas ocasiones y a lo largo del proceso legislativo ordinario, ha resultado difícil respetar los plazos fijados en las normas comunitarias derivadas. La solución ha sido utilizar la figura del Decreto-Ley, de manera que el Gobierno se ampara en la extraordinaria y urgente necesidad, cuando el plazo fijado por la Directiva objeto de transposición, está próximo y ésta aún no se ha llevado a cabo. El ejecutivo se apoya, además, en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional muy laxa en relación a la posibilidad de utilizar el Decreto-Ley, que es un instrumento normativo que ha de utilizarse con cautela en aquellos casos en que se precisa una acción normativa inmediata.

De forma que, la selección de la normativa de transposición dependerá de si la regulación europea está o no sometida al principio de reserva de ley, ya sea material o formal. Si no existe reserva, las operaciones de transposición podrán realizarse en sede reglamentaria, a través de Reglamentos de ejecución o desarrollo de una ley o mediante Reglamentos independientes.

En definitiva, la Directiva es un instrumento conciliador de las legislaciones internas de los países miembros, que obliga a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado a conseguir, pero deja a los mismos, la libertad para elegir el acto jurídico de conversión de la Directiva en norma de Derecho interno<sup>602</sup>. La eficacia ordinaria de una Directiva en el territorio de un Estado miembro tiene lugar mediante una transposición adecuada dentro del plazo estipulado en aquélla<sup>603</sup>.

---

<sup>602</sup> Según el TJCE para que las directivas produzcan efecto directo, deben ostentar ciertas condiciones: que el Estado miembro destinatario no haya transpuesto la Directiva en el plazo estipulado; que la directiva defina derechos en los particulares, que, de haberse introducido en el ordenamiento interno, hubieran eliminado una obligación o reconocido un derecho que los particulares podrían hacer valer frente al Estado; y además, que la obligación que se elimina o el derecho que se crea sea suficientemente preciso y no esté supeditado al cumplimiento de condición alguna. Cumpliendo todas estas condiciones, la Directiva podrá invocarse en contra de toda disposición nacional contraria, que, vigente aún debido al incumplimiento de la obligación de transponer, no podrá ser aplicada por el Estado miembro a los particulares; además, el Estado, una vez haya sido notificado de la Directiva, no puede introducir en su ordenamiento condiciones más restrictivas o diferentes, salvo que la Directiva así lo permita.

<sup>603</sup> Las Directivas tienen como destinatarios a los Estados miembros, que tienen una obligación de hacer. Si éstos adaptan correctamente su derecho interno a lo dispuesto en aquellas, las normas nacionales resultantes vincularán a poderes públicos y a particulares y serán las únicas aplicables en los litigios que puedan surgir, sin que las Directivas posean otro valor que el meramente interpretativo. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial del efecto directo de las directivas no transpuestas o transpuestas incorrectamente ha conducido a que se haga una distinción entre efecto directo vertical (limitado a las relaciones entre poderes públicos y particulares) y efecto directo horizontal (que alcanza a las relaciones entre particulares). El efecto directo horizontal de las Directivas sólo puede ser invocado ante los Tribunales ordinarios por los particulares; el Estado que no transpuso la Directiva o lo ha hecho incorrectamente no puede oponer a los particulares su incumplimiento (sentencia Ratti) ni exigirles el cumplimiento de las obligaciones que esa directiva imponía. Pero, el particular no puede invocar el principio de “confianza legítima” antes de que haya expirado, sin perjuicio de que el juez nacional pueda interpretar la normativa interna no adaptada a una Directiva a la luz de ésta y antes de que se haya producido la incorporación. En cuanto al efecto directo horizontal, la sentencia del TJCE de 1986 (caso Marshall I) establece que la Directiva no transpuesta no crea por sí misma obligaciones en los particulares no puede ser invocada por un particular contra otro en un procedimiento judicial, porque en caso contrario, se atentaría gravemente contra el principio de seguridad jurídica, ya que, como regla general, la publicación de las Directivas no es obligatoria.

Sin embargo, la eficacia no se alcanza exclusivamente mediante la transposición; de ser así dependería únicamente de la voluntad del Estado miembro, y la fuerza obligatoria de la Directiva quedaría debilitada.

De manera que la Directiva puede ser eficaz al margen de la norma o acto de transposición, si de su contenido se deducen derechos o deberes subjetivos, tendrá efecto directo sobre los ciudadanos, que no tienen por qué soportar los efectos desfavorables de una norma interna contraria<sup>604</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>604</sup> El TJCE establece en la Sentencia de 1979 (Asunto Ratti), que: “una jurisdicción nacional ante la que un justiciable que se ha ajustado a las disposiciones de una Directiva presenta un recurso dirigido a la aplicación de una disposición incompatible con esa directiva no introducida en el orden jurídico interno(...), debe acceder a la demanda, si la obligación es incondicional y suficientemente precisa”.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## PARTE II

# REGULACION Y LIMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU RELACION CON OTROS DERECHOS Y BIENES CONSTITUCIONALES



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante





Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPITULO 4

### PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

#### 4.1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, ANALISIS DEL ARTICULO 38 CE.

Después del análisis de la Constitución económica, podemos afirmar que los principios de máxima eficacia de los derechos y libertades, se encuentran recogidos en normas constitucionales como el artículo 1 CE, que constituye el Estado social y democrático de derecho, normas que son cimiento de unidad constitucional<sup>605</sup>, política, económica y social<sup>606</sup>.

En la Constitución del moderno Estado democrático y social de derecho<sup>607</sup> las garantías de los derechos y libertades, se pueden deducir de la naturaleza y función de los mismos. En el capítulo II de la parte primera de nuestro estudio, sostuvimos la importancia del artículo 19.2 de la Ley fundamental alemana<sup>608</sup> sobre la garantía, el

---

<sup>605</sup> Hablamos de un verdadero sistema de unidad constitucional y división de poderes como el de los países continentales, a pesar de que tal y como ocurre con el artículo 93 de la Constitución española, suele recurrirse a mecanismos previstos para la interiorización de los Tratados internacionales, mutando ese constitucionalismo que se ve obligado a ceder ante una norma supranacional. Para ampliar: Cfr. J. Alfaro Águila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, pp. 925-976. Cfr. F. Balaguer Callejón, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N°. 2, 2004, pp. 61-80; y G. Pisarello Prados, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N°. 5, 2006, pp. 245-278.

<sup>606</sup> A. Cántaro, *El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein*, en: Revista de Derecho Constitucional, N° 5, enero-junio, 2006, traducción de Delgado J. y Criado M., p. 61.

<sup>607</sup> Cfr. P. Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003, p. 351.

<sup>608</sup> Art. 19.2 GG: *“In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”* (“En ningún caso, un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”).

contenido y los límites de los derechos fundamentales<sup>609</sup>, calificada como verdadera garantía institucional, que a la vez ayuda a entender el funcionamiento del propio sistema constitucional<sup>610</sup>.

Existe una discusión en la doctrina y también en la jurisprudencia, sobre la habilitación constitucional que se debe o no otorgar al legislador para intervenir y limitar en el ámbito protegido por un derecho constitucional fundamental y cuál sería el alcance de ésta habilitación<sup>611</sup>.

Un ejemplo de dichas habilitaciones sería la del artículo 19.2 de la Constitución alemana que señalamos, y que ha inspirado al constituyente español para la creación del artículo 53.1 de la CE<sup>612</sup>, no obstante ésta fuerte influencia en el ordenamiento, la Constitución española sólo hace referencia a la restricción mediante la ley, pero omite una referencia a la necesidad de habilitación constitucional expresa para las limitaciones legislativas. Surge así la polémica entre quienes afirman y quienes niegan la vigencia de la disposición, sobre todo por lo ambiguo de la expresión "*regular el*

---

<sup>609</sup> De forma que el más importante entre los "límites de los límites" expresamente previstos, la garantía del es aquella del contenido esencial del derecho fundamental limitado. Cfr. M. Bacigalupo Saggese, *La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 13, N° 38, 1993, p. 300.

<sup>610</sup> *Ibidem*, pp. 353-354.

<sup>611</sup> Un derecho traslada a su titular a una situación de *poder*, mientras la garantía institucional confiere a una organización o institución social su aseguramiento, pero no en la forma de un *poder* de excluir la intervención estatal, como en los derechos fundamentales (especialmente aquellos de libertad), sino tan sólo de limitar dicha injerencia, de manera que el legislador no pueda en absoluto desconocer su existencia. Abundando en esa opinión se puede con toda lógica, reservar el contenido esencial del artículo 53 CE a los derechos fundamentales, en sentido estricto, es decir, a las normas que reconocen, un derecho o libertad; mientras, por el contrario, las garantías institucionales reconocidas en el capítulo segundo del título I no estarían protegidas por ese límite del contenido esencial, pues ahí no se reconocen derechos (subjetivos), sino, la idea básica de una institución u organización, como en el caso de la Libertad de empresa, sin embargo, la jurisprudencia no es clara al determinar la vía de protección de este derecho. Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 8, N° 24, 1988, p. 157.

<sup>612</sup> Cfr. J.C. Gavara de Cara, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 177 y ss.

*ejercicio*"<sup>613</sup> que contiene el citado artículo 53.1 CE, debate que no alargaremos en este apartado, porque pretendemos profundizarlo en el próximo capítulo.

Volviendo al discurso de la unidad constitucional que mencionábamos al inicio, se estima que todas las normas de la Ley Fundamental ayudan a delimitar los derechos y a justificar las restricciones de las que podrían ser sujetos. En este sentido, la interpretación de las normas de un órgano jurídico supremo no puede contradecir o disminuir bajo ninguna circunstancia el contenido de los derechos constitucionales fundamentales, sino todo lo contrario, una búsqueda "de interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución"<sup>614</sup>.

Por tanto, afirmamos que la Constitución es un todo, una estructura de normas que consagran y salvaguardan todos los derechos, instituciones, libertades y bienes jurídicos, entre otros elementos; y lógicamente, contiene también aquellos de contenido económico, que como ya vimos, recoge a su vez la protección a la libertad de empresa<sup>615</sup>, por medio de la llamada "*Constitución económica*"<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup> Siempre que una ley reguladora del ejercicio de un derecho fundamental, aunque en nuestro caso, la libertad de empresa no es sujeta a esa categoría) esté cubierto o no por una reserva de limitación, puede establecer límites en el contenido del derecho, por lo menos en la interpretación del artículo 53 que parece prevalecer en la jurisprudencia y en la doctrina constitucional. L. Aguiar de Luque, *Los límites de los derechos fundamentales*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 9, N° 14. Enero-abril 1993, pp. 20 y ss.

<sup>614</sup> Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 71.

<sup>615</sup> Lo veíamos ya, con el voto particular de la STC STC 37/1981, de fecha 16 de febrero, que resuelve el caso del *Transporte Terrestre de Mercancías en el País Vasco*"... El marco constitucional permite sistemas económicos diferentes, y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limiten la libertad de los empresarios, no alteran los términos del artículo 38 CE."

<sup>616</sup> Asimismo, vale recordar la noción del Tribunal Constitucional en relación a la Constitución económica: "En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese

Consideramos que la *tutela de dicho ejercicio*<sup>617</sup> es la razón por la cual, encontramos en la doctrina constitucional un especial análisis de la libertad de empresa a partir del marco institucional de la economía, antes que como una libertad constitucional.

Además, la doctrina sostiene que "si la Constitución no contiene una habilitación general para limitar los derechos, los únicos límites posibles son aquellos que vienen expresamente avalados por una habilitación constitucional expresa"<sup>618</sup>. En consecuencia, se puede afirmar que en el caso de la libertad de empresa existe una habilitación expresa para la protección del derecho, en el mismo artículo 38 CE, que confiere un mandato a los poderes públicos<sup>619</sup> para que éstos puedan tutelar el *ejercicio* de la libertad de empresa, de acuerdo con la economía general y si se tratase del caso, con la planificación, vinculando de forma directa a los artículos 128 y 131 del mismo cuerpo de leyes, disposiciones ubicadas en el título "Economía y Hacienda".

A riesgo de ser repetitiva, volvemos a afirmar lo que ya se dijo, la libertad de empresa constituye en el ordenamiento jurídico español, el principio básico de la Constitución económica, y más allá de caracterizarla como un derecho fundamental o una garantía institucional, lo que aquí nos interesa es su ubicación, es decir, la norma que declara a la libertad de empresa como tal, deriva de la Constitución, siendo ésta el máximo

---

marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de "un orden económico y social justo". STC 1/1982, F.J. 1, de fecha 28 de enero de 1982.

<sup>617</sup> Cuando el legislador articula el ejercicio de la libertad de empresa, no sólo desarrolla un derecho, sino que actualiza la opción constitucional por una economía social de mercado. Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental...* ", ob. cit., p. 174.

<sup>618</sup> *Ibíd.*, pp. 20 y ss.

<sup>619</sup> La Ley de Defensa de la Competencia de 1989, que tendremos oportunidad de analizar más adelante, utiliza los mismos términos de "mandato a los poderes públicos" para el ejercicio de la libre competencia. Y efectivamente señala en su exposición de motivos que la Ley referida, "entronca" con el artículo 38 CE de la libertad de empresa.

marco para su interpretación, y al mismo tiempo encontramos en ella los parámetros para delimitar su ejercicio y protección<sup>620</sup>.

Una vez establecido el espacio de desarrollo y tutela de este derecho, es decir la Constitución económica, es oportuno señalar el marco al que ella pertenece: el Estado social, concebido como un principio constitucional que despliega efectos jurídico-constitucionales<sup>621</sup>, formándose de esta manera el marco constitucional de ordenación de la economía<sup>622</sup>.

En dicho marco de ordenación económica, son importantes los límites que señalan el parámetro de actuación de los poderes públicos y de los titulares de la libertad de empresa, al respecto, el Tribunal Constitucional español declara que "no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981, (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"<sup>623</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>620</sup> Por otra parte, la protección también puede ser invocada por los Tratados Internacionales sobre protección de derechos y libertades firmados por los diferentes Estados miembros que forman parte de la Comunidad, confiriendo especial relevancia, como es lógico, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Cfr. J.M. Herreros López, *El contenido social de la carta de los derechos fundamentales* en: Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid, N° 7, 2004, p. 3.

<sup>621</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, "Constitución económica e integración europea", en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, pp. 35-36.

<sup>622</sup> En relación con los derechos económicos, y su trascendencia en el espacio europeo, debe indicarse con carácter general que la acción comunitaria, especialmente en materia de libertades de circulación y de defensa de la competencia, ha reforzado de manera poderosa la libertad de empresa, hasta convertirla sin duda en la pieza clave de la ordenación de la economía. Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N° 71, mayo-agosto 2004, pp. 131 y ss.

<sup>623</sup> STC 2/1982, F.J. 5, de fecha 29 de enero de 1982.

Podemos distinguir entre límites constitucionales<sup>624</sup> directos e indirectos según el rango de la norma que establece el límite<sup>625</sup>. Los límites directos son establecidos por la Constitución, ya sea porque la definición del derecho los incorpora o porque los añade a esa definición, mencionándolos en la correspondiente disposición. El artículo 38 CE señala límites directos, asociándolos al reconocimiento que del mismo derecho realiza<sup>626</sup>.

En el mismo orden de ideas, los límites constitucionales de la "*la iniziativa economica privata*" en Italia se encuentran en la segunda parte del segundo inciso del artículo 41 de la Constitución Italiana<sup>627</sup>, siendo entonces, los límites inmediatamente aplicables aquellos basados en la protección de la *seguridad, la libertad y la dignidad humana*. Se trata de derechos objetivos que se encuentran garantizados por la misma Constitución y que pueden hacerse valer directamente ante el juez.

Por otra parte, la doctrina italiana recoge el concepto de Constitución económica a partir de Weimar, tal y como lo hace la doctrina española, entendiéndola como la contribución principal de la Escuela de los ordoliberales de Freiburg, y afirmando que deriva del concepto de "*orden económico y social*", propio de los neoliberales,

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>624</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha estimado que "*los derechos fundamentales, (...), no son derechos absolutos e ilimitados: Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 11/1981, 2/1982, 91/1983, 110/1984, 77/1985, 159/1986 y 120/1990, entre otras)*". STC 181/1990, F.J. 3, de fecha 15 de noviembre, véanse también: SSTC 219/1992 F.J.3; 223/1992, F.J. 2; y 286/1993, F.J.4.

<sup>625</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 276 y ss.

<sup>626</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004, p.77.

<sup>627</sup> El Artículo establece literalmente que: "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*". (La iniciativa económica privada es libre. No tendrá lugar en contradicción con su utilidad, o de una manera que pueda dañar la seguridad, la libertad y la dignidad humana. La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigido y coordinado hacia fines sociales).

quienes entienden como tal, un sistema de reglas que pertenecen a un todo: un Estado tanto social como económico<sup>628</sup>.

Asimismo, estiman que la Corte Costituzionale ha declarado en repetidas ocasiones que existe una limitación en la inderogabilidad de las disposiciones relativas a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y a los derechos *inalienables* de la persona humana. Entre los que se encuentra el artículo 41 CI, tanto porque hace referencia a un derecho decididamente de libertad respecto a la identificación de la forma de Estado, así como también porque marca o identifica sobre todo las líneas esenciales del ordenamiento en materia de relaciones entre la economía y la sociedad<sup>629</sup>.

Continuando con el artículo de la constitución española del cual nos ocupamos, después de enunciar a la libertad de empresa, declara que se reconoce en el *marco de la economía de mercado*, es decir, su marco de definición, el sistema económico donde es concebida; posteriormente, legitima la intervención de los poderes públicos, y señala que además de asegurar su ejercicio, están legitimados para limitarla según las nociones que así lo permitan, de modo que dispone para la protección de su ejercicio: *las exigencias de la economía general y la planificación*.

Asimismo, el artículo 38 CE proyecta un principio no jurídico que es también una obligación del Estado, cuando señala: en razón de la *defensa de la productividad*. De

---

<sup>628</sup> Badura, *Grundrechte und Wirtschaftsordnung*, en: Handbuch der Grundrechte, Band 2, Heidelberg, 2006, p. 222, cit. por: F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, p. 14.

<sup>629</sup> Cfr. M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, en: Digesto delle discipline pubblicistiche V, Utet, Torino, 1990, pp.373-385; y A. Predieri, *Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante*, en: Revista de del Centro de Estudios Constitucionales, N° 17, enero-abril, 1994, y en: AA.VV. *La Costituzione económica, Atti del Convegno Ferrara*, 11-12 ottobre 1991, Milano, CEDAM, 1997.



modo que la libertad de empresa preservada por el orden constitucional, agrega un valor propio de las actividades económicas desarrolladas libremente, *la productividad*<sup>630</sup>.

Existen múltiples análisis sobre estos cuatro límites en la doctrina, y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones, que estudiaremos a en el siguiente apartado.

Si continuamos con el análisis del artículo 38 CE observamos que establece que la libertad de empresa tiene un marco constitucional, cuya noción no sólo es jurídica, también nos remite a un sistema económico: al de la *economía de libre mercado*<sup>631</sup>; además ordena la protección del derecho en la misma disposición, remitiéndonos a la *intervención del Estado*<sup>632</sup>, en armonía con el interés general.

De modo que el artículo referido, nos remite a otras normas constitucionales y a la vez, señala un orden económico como la base de su ejecución o desarrollo, pero no determina las facultades que como derecho caracterizan a la libertad de empresa. No obstante, señala las fronteras de la libertad de cara a los condicionamientos que suponen los mismos límites que establece.

Aunque el enunciado de cualquier bien jurídico nos obligue siempre a partir desde la norma que lo establece en el orden superior, también podemos definirlo a través de la interpretación sistemática de la Constitución, en el particular caso de la libertad de empresa, la interpretación sistemática constitucional funciona en virtud de su calidad

---

<sup>630</sup> Como productividad, entendemos generar un progreso, crecimiento o expansión de la calidad de vida de los ciudadanos españoles, en este caso. Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 146-147.

<sup>631</sup> Después de Weimar sobre nació el debate sobre el hecho que la constitución económica introduce un nuevo planteamiento metodológico y el modelo de referencia lo constituye la economía de mercado, dentro de la cual deben encontrar su sentido las normas del ordenamiento que disciplinan la economía. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e ...*", ob. cit., pp. 54-55.

<sup>632</sup> Para Muñoz García, esta intervención del Estado es "la necesidad de defender el mercado nacional en favor de la producción Nacional". J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: *Política y sociedad*, N° 29, 1998, p. 9.

de *derecho económico constitucional*, cuya propiedad ya no es solamente hacia la Constitución en general, también pertenece a una unidad específica y material dentro de la misma, que es la Constitución económica<sup>633</sup>.

De forma que la libertad de empresa es un derecho constitucional de contenido económico, un derecho que responde a la materia o contenido del mismo, en palabras de Bassols: "cabe tipificar una serie de derechos de naturaleza económica en el sentido de tener directa o indirectamente relación con el proceso económico y por tanto legitiman a sus titulares a participar en el mismo"<sup>634</sup>. Es en definitiva, se concibe y protege como derecho de libertad, formando parte de un ámbito de derechos e instituciones que integran la estructura de la economía en la Constitución, y que son susceptibles de limitación y conformación legislativa<sup>635</sup>.

Dicho lo anterior, compartimos la idea de que la Constitución económica, formando parte de la Constitución política a la que pertenece, es necesaria en el Estado social y en el mercado, señalando definiciones de orden económico, porque garantiza y establece: "quien tiene el poder de configuración de la actividad económica, dentro de qué límites puede configurar y de qué forma configura"<sup>636</sup>. Este orden económico del que hablamos, ha sido señalado por el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia STC 64/1990, dando valor jurisprudencial a la noción de Constitución económica, de igual forma en que ya hemos expuesto, pero esta vez, da al mismo tiempo un énfasis especial a la unidad del orden económico, y de esta forma la libertad de empresa puede ser tomada en cuenta dentro de los parámetros de constitucionalidad que señala dicho orden<sup>637</sup>.

---

<sup>633</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", ob. cit., p. 77.

<sup>634</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 110.

<sup>635</sup> Ibidem. P. 111.

<sup>636</sup> Cfr. R. Entrena Cuesta, "*El Principio de Libertad de Empresa*", en: F. Garrido Falla (Dir.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, p. 109.

<sup>637</sup> La Sentencia 64/1990 F.J. 1, de fecha 5 de abril de 1990, resuelve una impugnación interpuesta por el Gobierno de la Nación contra el art. 16 del Decreto 151/1984, de 13 de septiembre, de la Junta de Galicia que establece determinadas subvenciones para el traslado de industrias, por normas contradictorias a la Constitución económica, el Tribunal manifiesta que "la subvención por traslado

## 4.2. ECONOMÍA DE MERCADO

La constitución económica enuncia a la libertad de empresa como la finalidad del orden económico, la doctrina española señala que el artículo 38 CE es el núcleo<sup>638</sup> de dicha constitución económica; y como hemos visto, el resto de las disposiciones de ordenación de la economía tienen un elemento *integrador*<sup>639</sup>, que de modo explícito se conecta con la libertad de empresa, para que ésta pueda ser reconocida necesita de ese elemento integrador: la *economía de mercado*. En consecuencia, es de la interpretación del mismo enunciado constitucional de donde se establece cuál es el orden económico en el que se lleva a cabo la libertad de empresa.

La economía de mercado es el *alcance* que tienen el derecho, es *el marco*, de la libertad de empresa, de modo que vale la pena resolver la cuestión de cómo se interpreta ese carácter o cualidad del mercado, para poder entender el modo en que se desarrollan los derechos y libertades protegidos por la Constitución en el concepto económico del Estado social y sobre todo cómo funciona eficazmente respecto al interés general<sup>640</sup>.

La noción de *constitución económica* ha sido utilizada durante mucho tiempo por la doctrina como sinónimo de orden económico, sistema económico o modelo económico, sin connotaciones jurídicas; hasta que fue acuñada por la escuela de

---

obstaculiza la libre circulación de bienes y personas por el territorio nacional (art. 139.2 de la Constitución), rompe la necesaria igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución) y hace quebrar la unidad del orden económico".

<sup>638</sup> Así define Paz –Ares esta disposición constitucional, señalando que el reconocimiento a la libertad de empresa constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A., Águila Real, *Art. 38, en: Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 980.

<sup>639</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 125.

<sup>640</sup> Mientras "el artículo 38 reconoce la iniciativa y libertad económica de los particulares, siendo indiferentes para el orden constitucional, dentro del ámbito de lo lícito, las motivaciones y los objetivos perseguidos, para los sujetos públicos todas las actuaciones, tanto las que se ejercen por vía de autoridad como empresarialmente, *deben estar justificadas en función de los intereses públicos concurrentes.*" Art. 103 CE. Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 171-172.

Friburgo<sup>641</sup>, como decisión global sobre el *orden de la vida económica de una comunidad*, llevado a la práctica después de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn para establecer que ésta había constitucionalizado un determinado sistema económico, que coincidía en general con la economía de mercado, no obstante, con algunas correcciones sociales<sup>642</sup>.

Para Bassols Coma, referirse a la economía de mercado es más conveniente si se hace desde la noción de "sistema" y no "modelo"<sup>643</sup> económico, en virtud de que el primero, engloba no sólo tipos ideales axiológicos, sino también componentes jurídicos, técnicos, geográficos, organizativos, etc., que son elementos que en conjunto desarrollan la actividad económica de una sociedad<sup>644</sup>, mientras que un modelo económico es una descripción simplificada y abstracta de un sistema en funcionamiento, una interpretación simplificada de una realidad económica<sup>645</sup>.

Sin embargo, en la doctrina española encontraremos muchos análisis de la Constitución económica que utilizan los términos *sistema o modelo* económico como sinónimos, estudiándola desde una óptica jurídica y sin precisar tales conceptos. No obstante, el uso generalizado de los mismos no puede impedir que se profundice en

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>641</sup> Esta corriente ordoliberal, representada por la escuela de Friburgo, una vez recuperando y superando el debate suscitado en Weimar sobre la constitución económica introduce un nuevo planteamiento metodológico. El modelo de la economía de mercado, dentro de la cual deben encontrar su sentido las normas del ordenamiento que disciplinan la economía. Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e ...*", en: ob. cit., p. 55.

<sup>642</sup> Cfr. W. Eucken, *Die Grundlagen der National-Ökonomie*, 1940, p. 23, cit. por: E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 14, 1993, p. 43.

<sup>643</sup> Paz-Ares, lo llama modelo económico, sosteniendo que el artículo 38 CE es el núcleo de la Constitución económica, "en cuanto eleva a categoría el modelo de economía de mercado, con arreglo al cual debe modularse la naturaleza y el alcance de las restricciones admisibles por imperativo de la economía general y de la planificación". *Ibíd.*, p. 980.

<sup>644</sup> *Ibíd.*, pp. 17-18.

<sup>645</sup> *Ibíd.* p. 127.

ambas tesis, para llegar de forma simultánea a la idea de economía de mercado que queremos abordar<sup>646</sup>.

Ambas tesis podrían ser clasificadas, por una parte, se hallaría una postura *abierta* de la noción constitucional en lo económico, es decir los autores que ven las muchas opciones admisibles o una sola que admite muchas posibilidades; mientras que, por la otra, estarían aquellos que entienden al orden constitucional como un modelo. En ese sentido, la *economía de mercado* contemplada en la Constitución española se encuentra previsto un concepto que legitima las medidas de intervención o de limitaciones de los derechos económicos y que orienta al Estado a un orden más bien *cerrado*<sup>647</sup>.

Claramente, esta polémica en la doctrina española, tiene lugar en virtud de las preferencias ideológicas, que es perfectamente comprensible al tratarse del estudio de la Constitución económica. Sin embargo, entendemos que la interpretación del contenido de las normas económicas de la Constitución se tiene que hacer de igual forma desde cualquier punto de vista, en virtud del artículo 1 CE<sup>648</sup>, y los valores superiores que establece, en tal sentido las interpretaciones de éstas normas

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>646</sup> "La función de integración económica de la Constitución no se realiza por referencia a un determinado modelo económico, que se establezca como *modelo económico constitucional*, sino mediante el establecimiento del marco jurídico básico de disciplina de las actividades económicas, al que deben someterse todos los poderes públicos cuando pretendan intervenir en este ámbito, y, por otra parte, mediante la fijación de un determinado reparto de competencias entre las diversas instancias, que distribuye las responsabilidades de intervención". Cfr. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º. 14, 1993, p. 40.

<sup>647</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 129.

<sup>648</sup> Es decir, aparte de ser un Estado social, democrático y de Derecho, también se toman en cuenta los valores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico. Así como la idea de la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha hecho lo mismo, valiéndose del art. 1.1 CE como herramienta de control del legislador, y buscando su anclaje en la cláusula del Estado de Derecho. I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004, p. 198.

siempre<sup>649</sup> deberán coincidir con la existencia de un ámbito o espacio ineludible y garantizado de libertad económica en donde se desarrollen las actividades propias de dicha libertad.

Entonces, ¿Qué es ese sistema económico?, y ¿Cómo funciona en un Estado social? Para comenzar, encontramos que el concepto de esta idea, tiene un fundamento en las ciencias económicas, se sostiene que un sistema económico es una estructura de producción, de asignación de recursos económicos, distribución de productos y consumo de bienes y servicios en una economía, es un conjunto de instituciones y relaciones sociales<sup>650</sup>. Por otra parte, es el conjunto de principios por los cuales se abordan los problemas económicos, tales como la *escasez* mediante la asignación de recursos limitados<sup>651</sup>.

La idea de un sistema económico lleva consigo la connotación articulada de elementos coherentes (principios, reglas, procedimientos, instituciones) jurídicas y sociales armonizadas funcionalmente para la consecución de fines colectivos determinados. En el seno de estos elementos, son llevadas a cabo ciertas medidas técnicas organizadas en función de ciertos móviles dominantes para asegurar la realización del equilibrio económico<sup>652</sup>. Durante la articulación de dichos elementos

---

<sup>649</sup> A esta afirmación podemos concederle una excepción: en el caso de la Constitución económica de la Unión Europea que hemos analizado anteriormente, en la que la globalización como ruptura del Estado social, y la confrontación de distintos modelos, llevan hacia un proceso de desconstitucionalización de los ordenamientos económicos de los Estados, planteado como simple problema de relación inter ordinamental. Así, se ha señalado que los preceptos constitucionales que habilitan para cesiones de soberanía han introducido un modelo económico contrario al sistema constitucional, claro que analizar este tipo de diferencias sería inútil ya que en el ámbito europeo y para este caso no existe una norma suprema. Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., pp. 38-39.

<sup>650</sup> A propósito, se sostiene que los ordenamientos actuales de "relaciones sociales muy interdependientes y organizativamente mediatizadas requieren categorías jurídicas que conceptualmente recojan esta mediación social y superen la concepción de ámbitos vitales individualmente dominados". Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 262-263.

<sup>651</sup> Significado de sistema económico (*Economic systems*) en: *The New Encyclopædia Britannica*, vol. 4, Encyclopædia Britannica, Inc., 2007, p. 357.

<sup>652</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 131.

cada sociedad trata de resolver el problema fundamental económico que es la satisfacción de las necesidades básicas, al menos teóricamente. Para Ariño por ejemplo, la noción de modelo económico único se deriva simplemente de *tres líneas maestras* del orden económico: la libertad de empresa, el derecho de propiedad, y la consecución de la igualdad real y efectiva<sup>653</sup>.

Por su parte, la Constitución española no ha establecido ningún *modelo económico* cerrado ni rígido, que deba ser identificado como el valor constitucional de la intervención pública en la economía. Esta es precisamente la tesis básica de la *neutralidad económica* de la Constitución, que no proporciona especificaciones, con un carácter abierto o de inexistencia de un modelo económico constitucional<sup>654</sup>.

Esta *neutralidad económica*<sup>655</sup> corresponde a la pretensión de que la Constitución *garantice* un determinado sistema económico, aunque no determine de qué tipo es, la valoración de la constitucionalidad de una medida adoptada por los poderes públicos no puede hacerse por referencia a un modelo económico general, según sea conforme o no al mismo. Como tampoco es posible declarar inconstitucional una actuación económica por ser contraria al *mercado* o a la *economía de mercado* o a cualquier otro modelo o sistema económico que se suponga acogido por la Constitución<sup>656</sup>.

---

<sup>653</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada, 1999, pp. 136-137.

<sup>654</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.30.

<sup>655</sup> Tal y como ha señalado Aragón la tesis acerca de la neutralidad constitucional sobre el modelo económico, muy extendidas en Alemania e Italia en los años sesenta y setenta, habría sido mayoritariamente abandonada y sustituida por la idea de que tal neutralidad no puede ser absoluta puesto que la Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado (con limitaciones impuestas por el Estado social, claro está) impidiéndose la completa erradicación de la libertad a través de la instauración sistema económico totalmente intervenido por el poder público. Cfr. M. Aragón Reyes, *Libertades Económicas y Estado Social*. McGraw-Hill. Madrid, 1995, p. 8.

<sup>656</sup> Cfr. E. Alberti Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*" ob. cit., pp. 124 y ss.

Según Albertí Rovira, a efectos descriptivos, puede existir un llamado *modelo económico constitucional*, donde se integren y alcancen una unidad sistémica los diversos elementos normativos que la Constitución proyecta sobre la economía, sin embargo, esa forma de modelo carece de valor y fuerza prescriptiva<sup>657</sup>.

En España, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en una concepción abierta y flexible de la *Constitución económica*, inspirada fundamentalmente en dicho principio de *neutralidad económica*, puesto en práctica por vez primera por el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>658</sup>. De donde se deriva, como ya dijimos, la noción de que no existe un *modelo económico constitucional*<sup>659</sup> desde el que pueda valorarse la legitimidad de la actuación de los poderes públicos en el ámbito económico. Pero la inexistencia de tal modelo, no impide, que "la intervención económica de los poderes públicos pueda valorarse desde la Constitución, con todas las consecuencias que ello comporta"<sup>660</sup>.

Lo anterior, hace comprender que la neutralidad de la Constitución no equivale a *apertura absoluta* de la misma y no significa que pueda entenderse cualquier modelo económico.

Llegados a este punto, podemos afirmar que las normas constitucionales con proyección económica no sólo se construyen sobre la base de ciertos presupuestos

---

<sup>657</sup> *Ibíd.* pp. 124 y ss.

<sup>658</sup> Para el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), el constituyente no se ha decidido expresamente por ningún sistema económico (Sentencia sobre la Ley de ayudas a la inversión, *Investitionshilfegesetz* de 20 de julio de 1954, BVerfGE 4, 7). Ello supondría que la existencia de intereses y visiones políticas distintas en el ámbito económico justificaría que los tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad se mostrasen deferentes con lo decidido por los poderes públicos. De modo que para el Tribunal Constitucional Federal Alemán: "En un Estado liberal moderno siempre existirán diferentes visiones en relación a la extensión de las políticas económicas y sociales y que medidas específicas sirven al interés público. La transacción política es probablemente inevitable en un Estado moderno que se ve forzado a intervenir en la vida social, y ello no debe ser desaprobado por razones constitucionales" Sentencia 12 BverfGE 354 (1961) sobre la privatización de Volkswagen.

<sup>659</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, "*Un Ensayo sobre...*", *ob. cit.*, p.44.

<sup>660</sup> *Ibíd.* pp. 124 y ss.



ideológicos que implican también determinadas opciones de principios económicos, sino que además establecen exigencias y límites, que conllevan algunas opciones y excluyen otras<sup>661</sup>.

Asimismo, la orientación constitucional de la acción de la administración pública hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto del desarrollo de la economía, como para abandonar su gestión a la *mano invisible* del mercado<sup>662</sup>.

Realizar una valoración jurídico-constitucional de la actuación económica del Estado no se realiza en virtud de si es o no conforme o coherente con un modelo económico predeterminado, sino por la remisión a las diversas y concretas normas que en la materia contiene la Constitución. Una medida económica aplicada por los poderes públicos no será inconstitucional por resultar contraria a la *economía de mercado*, sino por no contar con una adecuada habilitación constitucional, por perseguir una finalidad no amparable en la Constitución, por vulnerar derechos o libertades de los ciudadanos o por contravenir el orden de distribución de competencias (en el caso español) entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Lo verdaderamente importante a efectos de valoración jurídico-constitucional, no es el *sistema económico*, sino las normas jurídicas que desde la Constitución se proyectan sobre el campo de la economía. Para Albertí Rovira, no nos encontramos ante una *Constitución económica*, sino un *Derecho Constitucional económico*<sup>663</sup>, capaz de justificar la

---

<sup>661</sup> Hablamos de la labor del órgano judicial de verificar los intentos por "encuadrar" las normas constitucionales en su conjunto, con las actividades de libertad económica.

<sup>662</sup> A propósito de "la mano invisible", se sostiene que en la moderna economía existe un presupuesto fundamental y, hasta ahora, incuestionable: el hombre racional persigue su propio interés, es egoísta, y por arte de una cierta *mano invisible* liberal y moderna ese interés propio proporciona el óptimo bienestar social". Cfr. M. Pedrajas, *La transformación ética de la racionalidad económica en Amartya Sen. Una recuperación de Adam Smith*, en: *Quaderns de Filosofia i Ciència*, N.º. 36, 2006, p. 103.

<sup>663</sup> Cfr. E. Albertí Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*" ob. cit., pp. 128 y ss.

legitimidad constitucional de las actuaciones económicas de los poderes públicos a partir de la confrontación de los cuatro tipos básicos de normas que la Constitución proyecta sobre la economía, es decir: *habilitaciones*, que autorizan intervenciones públicas<sup>664</sup>, normas finalistas, que, bajo la forma de mandatos, principios y valores, establecen orientaciones a la acción pública y señalan sus fines legítimos<sup>665</sup>; derechos y libertades constitucionales que establecen determinadas instituciones, reconociendo y garantizando a los ciudadanos determinados ámbitos y facultades de actuación<sup>666</sup>; y finalmente, normas competenciales<sup>667</sup>.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional español sostiene que la defensa de la economía de mercado se configura como una “defensa necesaria, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazados por las tendencias incontroladas de éste”<sup>668</sup>; y es que para el Tribunal Constitucional la competencia<sup>669</sup> forma parte del contenido de la libertad de empresa y del instituto “mercado”<sup>670</sup>.

---

<sup>664</sup> Como las de los artículos 128 y 131 CE, en relación a la iniciativa pública y la planificación en la actividad económica, respectivamente.

<sup>665</sup> Como los principios y derechos de la libertad y la igualdad, la dignidad de la persona, o los valores superiores del art. 1 CE la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

<sup>666</sup> Actuaciones de los particulares en el ámbito económico como el derecho a la propiedad privada del art. 33 CE, o el de la libertad de empresa en el art. 38 CE, pero también aquellos que como la libertad de sindicación y derecho a la huelga (art. 28), libertad de trabajo y libre elección de profesión u oficio (art. 35), derecho a la negociación colectiva y a medidas de conflicto colectivo (art. 37), se oponen como límites a la capacidad de intervención económica de los poderes públicos.

<sup>667</sup> Específicamente en un Estado como el español donde las competencias deben estar reguladas entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 149.1 CE, Estatutos de Autonomía, y, en su caso, otras normas integrantes del bloque de la constitucionalidad), que distribuyen la capacidad de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

<sup>668</sup> Al tenor literal de la STC 88/1986: “La defensa de la competencia a través de la actuación de los poderes públicos aparece como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”. Asimismo, la misma Sentencia en su F.J.4 establece que “no debe entenderse como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino más bien de prevenir y en su caso de corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo”

<sup>669</sup> La STC 208/1999 F.J.7, de fecha 11 de noviembre, se refiere a la cuestión de la competencia en el sentido de que: “ El marco legal de defensa de la competencia se fundamenta en la referencia explícita a una serie de supuestos, actos o acuerdos que puedan incidir negativamente en la libre competencia,

Podemos entonces afirmar que imponer limitaciones a la libertad de empresa en virtud de la economía de mercado es también una forma de justificar la defensa de la competencia, que es, tal y como lo ha llamado García Vitoria, un *límite intrínseco*<sup>671</sup> a la libertad de empresa, que abordaremos en la tercera parte de nuestra investigación.

Volviendo a la *Costituzione italiana*, el modelo económico que deriva de ella, para algunos autores como Bognetti, sería un modelo típico según el sistema económico del Estado democrático y social, caracterizaría a todos o a las mayoría de Estados occidentales contemporáneos, y cuya característica, entre tantas, sería poner como fundamento propio la libertad de iniciativa económica, con vastos poderes de intervención social en el mercado y con muchos límites a la libertad de iniciativa económica privada, para proporcionar medidas de seguridad y bienestar social, y la promoción de las condiciones de vida de los más humildes de población, entre otras funciones<sup>672</sup>.

En la misma línea de los derechos propios del Estado social, Luciani sostiene que afirmar que los constituyentes italianos optaron a favor de una economía "mixta" no significa mucho. Porque según el autor, todas las formas de economía son en realidad "mixta" en el sentido que comprenden a la vez elementos de privacidad y publicidad, aunque se han equilibrado de manera distinta. En cambio sí, se habla de "economía mixta" se refiere, de hecho, el modelo "social de democracia económica", está claro

---

alterando las reglas del orden económico: conductas prohibidas (art. 1), salvo que se deriven de una ley o sean expresamente autorizadas; abuso de posición dominante (art. 6); actos de competencia desleal que falsean de manera sensible la libre competencia (art. 7); las concentraciones económicas que puedan afectar al mercado mediante su posición de dominio (art. 14); y, por último, las ayudas públicas a empresas (art. 19).

<sup>670</sup> Siempre a la luz de la STC 208/1999, F.J. 7, de fecha 11 de noviembre.

<sup>671</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 175.

<sup>672</sup> Cfr. G. Bognetti, *Il modello economica della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, pp. 138 y ss, cit. por: Saitto, F. *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, pp. 9-15.

evidentemente que ninguna Constitución posterior a la Segunda Guerra Mundial puede permitirse históricamente el lujo de modificar el modelo, que hoy es consustancial con la forma específica asumida por la democracia pluralista, un modelo en el que "la economía y el bienestar que son capaces de producir, no son el fin, sino el medio"<sup>673</sup>.

De forma tal, que entendemos a la economía de mercado, al tomar en cuenta que el desarrollo de las actividades de empresa debe hacerse en un régimen en el que concurren los principios básicos de la libre iniciativa económica, de manera que los titulares del derecho necesitan disponer de amplias facultades para alcanzar un óptimo desarrollo de sus actividades, siempre, claro está, salvaguardando dicha libertad de los abusos que pueden ser ocasionados al no existir ningún tipo de injerencia por parte del Estado en la libre operación y en la toma de decisiones de los titulares<sup>674</sup>.

Ahora bien, si no es posible entender ningún derecho, institución o competencia sin el Estado social de Derecho en tanto un definidor de la organización política<sup>675</sup>. Así como el ejercicio de las libertades económicas y de las competencias de la Constitución económica se construye sobre una columna que protege la igualdad material también en lo económico, del mismo modo se debe proteger dicha igualdad en concordancia con el tipo de libertad económica reconocida en la economía de mercado. Así, el Estado social de Derecho no puede excluir a la libertad de empresa de la libre competencia, del derecho a la propiedad, del derecho a los trabajadores, la seguridad social, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el bienestar

---

<sup>673</sup> Cfr. M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 270, cit. por: F. Saitto, "*Economia di mercato e regolazione statale...*", ob. cit., pp. 9-15.

<sup>674</sup> "La libertad de empresa se reconoce expresamente en el artículo 38 CE. Dicho precepto se encuentra ubicado dentro del Capítulo Segundo, por lo que le son plenamente aplicables las garantías previstas en el artículo 53.1 CE. Si se leen conjuntamente ambos artículos, puede concluirse que el legislador puede regular el ejercicio de la libre iniciativa económica, pero deberá siempre respetar el límite del contenido esencial, que emana directamente de la Constitución". Cfr. I. García Vitoria, "*Prohibiciones ambientales y...*", ob. cit., pp. 34-35.

<sup>675</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", ob. cit., p. 134.

colectivo, simplemente no es posible que sea sustentado desde la negación de la libertad de empresa en la economía de mercado<sup>676</sup>.

Todas las categorías de bienes constitucionales relativos a la ordenación económica del Estado dependen de la Constitución económica del Estado social de Derecho, formando una estructura coherente con los derechos y libertades económicas, la intervención, las garantías de protección y a la imposición de límites, que en conjunto forman la *economía de mercado*<sup>677</sup>. En España, el art. 38 CE reconoce un sistema económico constitucional: la economía de mercado con carácter social<sup>678</sup>.

Por último, Parejo Alfonso plantea una interesante cuestión sobre el sistema económico de la Constitución española, lanzando la inquietud sobre la idea de progreso económico que la Constitución admite, y si son admitidos aspectos cuantitativos y cualitativos. Entendiendo a los primeros, como aquellos promueven el crecimiento económico, y consecuentemente dan un valor cuantitativo al nivel de vida de los ciudadanos<sup>679</sup>. En el caso de los españoles, con la obligación de los poderes públicos de encargarse de la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, según el mandato del art. 130 CE; asimismo, aquellas normas referidas a las intervenciones de los poderes públicos en la economía, en donde la finalidad como en el caso del art. 131 CE es la planificación de la actividad

---

<sup>676</sup> Es por esta razón que se ha sostenido que la libertad de empresa y de la economía de mercado (que proclama el art. 38 CE) es la alternativa real de las soluciones reales colectivistas, es decir, del bienestar colectivo. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario*, en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 116.

<sup>677</sup> *Ibid.* p. 135.

<sup>678</sup> Autores como Martín Retortillo, Entrena Cuesta y otros, apuntan a que la compaginación de criterios libertad e intervención (hablando del término Estado social de Derecho) responde al sistema denominado "economía social de mercado", adoptado porque a la economía de mercado prevista en el art. 38 CE, hay que encuadrarla lógicamente en el contexto del Estado social de Derecho, que explícitamente proclama el art. 1 CE. Cfr. S. Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico I*, Ed. La Ley, Madrid, 1988, p.83; y Entrena Cuesta, R., "El Principio de Libertad de Empresa", en: F. Garrido Falla (Dir.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, p. 112.

<sup>679</sup> L. Parejo Alfonso, *El sistema económico en el ordenamiento español*. Revista de Derecho público, No 37, 1989, pp. 50-51.

económica por parte del Estado, que como veremos más adelante, se trata de "estimular el crecimiento de la renta y la riqueza". De igual forma, el art. 40 CE, en su primer inciso, señala que, dentro de los principios rectores de la política social y económica, por parte del Estado, éstos "promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica".

Ahora bien, aquellos aspectos *cualitativos* que menciona el mismo autor, sobre la noción de progreso de la economía de mercado, sobre todo, en lo relativo al bienestar e interés general, se constituyen y manifiestan en los textos constitucionales a través de dos componentes: en primer lugar, *la protección del medio ambiente*, que se estipula en el art. 45 CE, y cuyo objetivo es mejorar y proteger la calidad de vida, así como defender y restaurar el medio ambiente, precisando "la relación entre la humanidad y el ecosistema que le alberga"<sup>680</sup>, especialmente en los condicionamientos con que se debe dirigir el sistema productivo en las actividades propias de la economía.

Y en segundo lugar, tenemos la defensa y protección de los consumidores. Como sabemos, la conexión entre los derechos del consumidor y la libre competencia, describe el orden del mercado<sup>681</sup>, ya que se trata de un principio fundamental de la política social y económica, propia del sistema económico que respalda la Constitución (aunque no la mencione expresamente) y por tanto, exigible a los poderes públicos. Exactamente de la misma forma en que el Tribunal Constitucional ha manifestado: " en cuanto elemento de un determinado sistema económico (...) se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos"<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> *Ibidem.*, p. 51.

<sup>681</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", *ob. cit.*, pp. 246 y ss.

<sup>682</sup> STC 227/1993, F.J.4 de fecha 9 julio de 1993.

Evidenciando de esta forma, la coherencia que existe en la interpretación y aplicación entre los derechos económicos y el resto de derechos constitucionales dentro del Estado social de derecho que tutela el sistema económico que hemos analizado.

En los próximos apartados pretendemos analizar con más detenimiento las demás nociones constitucionales con las que es enunciada la libertad de empresa en la constitución española, cuyas actuaciones se llevan a cabo dentro del *mercado*, entendido bajo la noción de "instrumento para la libertad y la igualdad, para la justicia y la pluralidad, para el trabajo y la solidaridad, para la dignidad de la persona y para el interés general"<sup>683</sup>.

### 4.3. DEFENSA DE LA PRODUCTIVIDAD

Continuamos nuestro estudio con la tercera condición del artículo 38 CE, atribuida a los poderes públicos, *la defensa de la productividad*<sup>684</sup>.

Para comenzar, el mandato debe entenderse dirigido a la Administración pública en general, porque la disposición hace referencia a los poderes públicos, y no sólo al legislador. Así, a todos ellos es a quienes se les encarga tutelar, garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad. De manera que

---

<sup>683</sup> *Ibíd.* p. 141.

<sup>684</sup> Se sostiene que el Constitucionalismo del Estado social, implica: la juridización, ordenación o (también se ha llamado) *socialización del Capital*, este reconocimiento constitucional de una serie de intervenciones, bien de carácter negativo o restrictivo en materia de inversiones, adquisición o intervención de empresas, bien de carácter positivo como las que *se refieren al aumento de la productividad* (inversiones en capital constante) manifiestan la intensidad de la articulación político económica propia del Estado social. Que es el caso del art. 38 CE que ahora estudiamos, en donde encontramos el mandato a los poderes público de "defensa de dicha productividad). Cfr. C. De Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, 2007, p. 202.

la norma constitucional sitúa ésta atribución a la misma altura que el derecho fundamental en cuanto a garantía y protección que deben otorgarle todos los poderes públicos, no solo al legislador o al ejecutivo en lo que respecta a la creación de normas.

Este mandato constitucional no puede ser entendido como un derecho subjetivo, más bien se trata de un mandato que orienta el ejercicio de los poderes públicos, incluso frente a la labor judicial, a quienes se les manda a salvaguardar ésta productividad en aquellos casos en que se vea disminuida, en el ordenamiento jurídico, para combatir y declarar inconstitucionales (en el caso del Tribunal Constitucional) aquellas normas y prácticas contrarias a la misma.

Se dice que la productividad<sup>685</sup> es la razón entre la producción obtenida por un sistema productivo y los recursos utilizados para obtener dicha producción<sup>686</sup>. También puede ser definida como la relación entre los resultados y el tiempo utilizado para obtenerlos: cuanto menor sea el tiempo que lleve obtener el resultado deseado, más productivo es el sistema<sup>687</sup>.

De manera que se entenderá que, para producir más, los empresarios podrán disponer de más trabajadores, o hacerlos trabajar más horas, o bien, pagarles menos,

---

<sup>685</sup> No se trata de la *productividad*, a la que se refieren los directivos, para insistir en que los obreros trabajen más horas. Véase: Cfr. J.A. Frieden, *Capitalismo Global*, El trasfondo económico de la historia del siglo XX, Memoria Crítica, Barcelona, 2007, p. 43.

<sup>686</sup> Prácticamente se pretende lograr que se cuente con los instrumentos y la estructura institucional óptimos para proteger la competencia efectiva en los mercados y, con ello, la eficiencia en la asignación de los recursos, la productividad y el bienestar general. Cfr. C. Alcaide Guindo, *La evolución de la política de defensa de la competencia*, en: Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, 2005, Madrid, p. 257.

<sup>687</sup> Un sistema productivo, se entendería como aquel que al igual que la competencia, contribuye a reducir los precios, de manera que facilita el control de la inflación. También contribuye a incrementar la inversión, la producción y la tasa de crecimiento, a mejorar la productividad, a incrementar los salarios reales y a reducir los beneficios extraordinarios derivados de la posibilidad de fijar los precios por encima de los correspondientes a un mercado competitivo. Cfr. A. Petitbò Juan, *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en: Economía Industrial, N° 349-350, Madrid, 2003, p. 128.



lo que constituiría claramente un conflicto entre la libertad de empresa (que tiene el empresario para gestionar su empresa) y el derecho de los trabajadores que trabajan para él. De forma que podría entenderse como una limitación del ejercicio empresarial para defender otros derechos constitucionales en estrecha relación con la libertad de empresa.

Visto de esta manera, como "límite" a la libertad de empresa, podemos decir que lo verdaderamente importante dentro de la defensa de la productividad es el alcance que tenga ésta en el interés colectivo<sup>688</sup>, en la satisfacción de las necesidades de los consumidores<sup>689</sup>, así como el legítimo interés de los titulares del derecho a la libertad de empresa, cuyas actividades engloban la libertad de producir los bienes y servicios que ellos han elegido como giro principal del desarrollo de la empresa que llevan a cabo. Para ilustrar este concepto nos valemos de ejemplos ofrecidos por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación y defensa de la productividad.

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en dos importantes ocasiones, de las que podemos deducir que la *defensa de la productividad* está relacionada con la responsabilidad del Estado por optimizar el desarrollo de los fines sociales y económicos.

La primera, la STC 37/1987, que resuelve la inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. En esta Sentencia, el Tribunal se pronuncia sobre la *defensa de la productividad* como límite a la explotación de la tierra, y en estrecha conexión con la

---

<sup>688</sup> Se ha dicho que mediante el estímulo de la competencia no sólo se alcanza un mayor bienestar social, sino que además se refuerza la dinámica empresarial, lo que permite alcanzar en última instancia una mayor productividad y una mayor competitividad de la economía. Cfr. F. Varela Carid, *Economía y defensa de la competencia: una visión general*, en: *Ekonomiaz*, N° 61, primer cuatrimestre 2006, p. 66.

<sup>689</sup> "La protección de los consumidores contra daños a la salud o económicos, puede ser visto como un interés general importante", Así se ha proclamado el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia de fecha 14 de diciembre de 1965, 1 BvL 14/60 que, entre otras cosas, establece que para el ejercicio del comercio al por menor se requiere de una autorización y en el mismo sentido en: (BVerfGE 13, 97 [107]).

función social de la propiedad privada: la defensa de la productividad es a la libertad de empresa, lo que la función social es a la propiedad privada<sup>690</sup>.

La Sentencia declara que las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica, derivadas de la función social de la propiedad, que tienen por objeto obtener un adecuado aprovechamiento de la tierra, son indisociables de las limitaciones al ejercicio de la actividad empresarial, y no suponen lesión del contenido esencial de la libertad de empresa. El Estado posee un espacio reservado para actuar en cuestiones de productividad, es el caso de la STC 37/1987 a lo referente en *explotación de la tierra*, pero sin intervenir en el libre ejercicio de las actividades de los titulares ni en la función social que comprenden las mismas.

En la segunda ocasión, en la STC 92/1992, el Tribunal constitucional referido, se pronuncia sobre la cuestión de la *defensa de la productividad*, como límite al poder de dirección del empresario, en concreto, al poder de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo<sup>691</sup>, declaró constitucional una disposición referida al Estatuto de Trabajadores, en cuanto disponía que, de no aceptar los representantes de los trabajadores las modificaciones adoptadas por el empresario, las aprobaría la autoridad laboral, previo informe del Ministerio de Trabajo; para el Tribunal Constitucional, esta intervención subsidiaria de la Administración que limita el poder de dirección del empresario, encuentra su justificación en la defensa de la productividad que el artículo 38 encomienda a los poderes públicos.

---

<sup>690</sup> STC 37/1987, F.J.9, de fecha 26 de marzo de 1987, que literalmente manifiesta que: “La función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las Leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado”.

<sup>691</sup> STC 92/1992 F.J.4, de fecha 11 de junio de 1992, la Sentencia declara constitucional el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del artículo 37.1 CE que reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendado al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución.

En la misma Sentencia encontramos que para el citado Tribunal, dentro de las fuentes de la relación laboral que garantizan la eficacia vinculante del convenio colectivo, y en particular el artículo 3.1 del mismo, que impide que “puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos”, de manera que dentro del límite en cuestión, *la defensa de la productividad*, nos encontramos con el tema de los trabajadores, de quienes los titulares del derecho en estudio no pueden disponer libremente en el ejercicio de las actividades propias del quehacer empresarial, deben ceñirse a las disposiciones que velan por los derechos de los trabajadores, y sobre todo porque es una obligación de los poderes públicos velar por los mismos<sup>692</sup>.

En ese mismo sentido encontramos ejemplos claros en los que se limita el libre desenvolvimiento de la actividad empresarial lo encontramos en cuestiones referentes a la utilización de sustancias nocivas para el medio ambiente, o las cuotas de emisión de gases con efecto invernadero, el almacenamiento y distribución de materiales contaminantes, el traslado y gestión de los residuos, etc.<sup>693</sup>, el Estado es un garante de la protección del medio ambiente por tanto, su intervención en este caso es legítima y sobre todo necesaria en atención a los intereses generales.

---

<sup>692</sup> El Tribunal Constitucional Federal Alemán, se ha pronunciado en el mismo sentido, en cuanto a la injerencia del legislador en los derechos del trabajador, sobre la asociación colectiva y en virtud de la defensa de la productividad, "En efecto, el derecho fundamental a la libertad de asociación sindical prohíbe hacer depender la capacidad de negociación colectiva de circunstancias que no se exigen de los asuntos mismos, sino de las funciones de ordenar y satisfacer la vida laboral, que se fundan en *intereses generales*". (BVerfGE 18, 18 [27]). El legislador, después de esto, no se encuentra limitado a un adecuado desarrollo del sistema de negociación colectiva; su poder reglamentario encuentra sus límites en el ámbito central, garantizado constitucionalmente, de la libertad de asociación sindical: la garantía de un sistema de negociación colectiva, protegido y regulado legalmente, cuyos miembros deben asociarse libremente, en el sentido del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental (BVerfGE 4, 96 [108]; véase también BVerfGE 38, 281 [305 y ss.]).

<sup>693</sup> En ese sentido, se declara constantemente por la doctrina, que la protección del medio ambiente, el fomento del desarrollo sostenible o la preservación de los recursos naturales constituyen valores básicos de los ordenamientos jurídicos. Cfr. D.J. Vera Jurado, *Evolución e integración de la perspectiva ambiental en la legislación y su influencia en el ámbito local*, en: Revista: Jábega, N.º. 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y medio ambiente en la provincia de Málaga (II) Saturnino Moreno Borrell, coord.), p. 75.

En síntesis, podemos afirmar que la jurisprudencia constitucional ha interpretado de forma muy amplia cuáles son los motivos de interés general que justifican una limitación de la libertad de empresa. Como sostuvo la STC 227/1993 que literalmente determina que este derecho “se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos”<sup>694</sup>. Por tanto, podemos interpretar, que los fines económicos se encuentran también entre las razones de *interés general* que podrían ser invocadas por el legislador para sustentar la razonabilidad de los límites a la libertad de empresa<sup>695</sup>.

#### 4.4. EXIGENCIAS DE LA ECONOMÍA GENERAL

Como sabemos, el artículo 38 CE en estudio, establece que los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, lo cual significa que para “limitar la libertad de actividad económica, el Estado puede, para empezar, recurrir a cláusulas generales como las exigencias de la *economía general o el interés general*”<sup>696</sup>.

Las justificaciones que puede alegar el Estado para limitar la libertad de empresa pueden ser bastante amplias, prácticamente todas las tareas “que justifican la clasificación del Estado como social”<sup>697</sup> ya que otorgan títulos de intervención en las

---

<sup>694</sup> STC 227/1993, F.J.4 de fecha 9 julio de 1993.

<sup>695</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, p. 3.

<sup>696</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A Águila Real, “*Un Ensayo sobre...*”, ob. cit., pp. 55-56.

<sup>697</sup> *Ibidem*.

actividades económicas de los particulares<sup>698</sup>. Entenderemos de esta manera, que la *economía general*, es decir, aquella que se entiende como de interés general en el Estado social democrático de Derecho, será la *economía de mercado*<sup>699</sup>, como ya habíamos dicho.

En concordancia con lo estudiado en el capítulo anterior, una economía de mercado, implica depositar en los particulares (es decir, en la autonomía privada) la libre elección de las decisiones en las actuaciones económicas dentro de un marco jurídico ordenado o regulado en ese sentido, en el que existe también la planificación, caso en el que el Estado puede utilizar los medios a su disposición para influir en la decisión sobre qué producir y cómo, a través de medidas de estímulo, fomento, beneficios impositivos, etc., así como la asignación de los recursos necesarios para llevar a cabo estas actuaciones<sup>700</sup>.

Resulta así que las actuaciones de los particulares, (autonomía privada) en materia económica con repercusiones en el interés general, (autonomía pública) se ven

---

<sup>698</sup> A propósito de esta intervención, se sostiene que el legislador se limita a "codificar" cada cierto tiempo los desarrollos jurisprudenciales, lo cual, ha permitido que la comunidad jurídica alemana presente de una manera incomparable soluciones jurídicas, también se han desarrollado en la misma forma otros Derechos continentales como el italiano y directamente por los *particulares*, en las relaciones económicas internacionales. De forma que la cuestión pasa de ser sobre si los jueces crean o no derecho a tratar sobre los límites y la legitimidad del desarrollo judicial del Derecho y se transforma de tal manera en una cuestión sobre la posibilidad de argumentación racional en Derecho. Cfr. J. Alfaro Águila-Real, "*Imperialismo económico y...*", ob. cit., pp. 7 y ss.

<sup>699</sup> Entre los significados que la Real Academia de la Lengua Española propone de la noción de economía, encontramos: Administración eficaz y razonable de los bienes. Conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo. Ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos. Contención o adecuada distribución de recursos materiales o expresivos. Ahorro de trabajo, tiempo o de otros bienes o servicios. Ahorros mantenidos en reserva. Reducción de gastos anunciados o previstos. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición.

<sup>700</sup> Como sabemos, determinados sectores económicos, como los relacionados con las comunicaciones, el transporte (por carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo), la energía (hidrocarburos, eléctrica) o la actividad financiera (banca, seguros, bolsa), han estado tradicionalmente sometidos una intensa *regulación económica*. La justificación de esa regulación residía en la consideración de esos sectores como de interés general y, en ciertos casos, incluso como servicio público. Cfr. L.A. Velasco San Pedro, *Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia*, en: Revista de derecho de la competencia y la distribución, N°. 6, 2010, pp. 13-15.

reguladas bajo controles estatales<sup>701</sup>, pero siempre ostentando la libertad en sus propias decisiones. Sin embargo, si calificamos la libertad de empresa dentro de un estado social que impone unos fines al Estado en cuyo marco hay que entender esta libertad, nos encontraríamos ante una característica de la libertad de empresa en el Estado social, y no ante un límite de la misma. Esto en virtud de que el Estado se ve en la obligación de cumplir con las necesidades demandadas de la sociedad, pero en conjunto con los particulares.

Por otra parte, la Constitución española emplea diversos conceptos para delimitar el contenido de la iniciativa privada como *interés general* en el caso del artículo 128.1 CE, donde se subordina toda la riqueza del país, a dicho interés general, o las *exigencias de la economía general*, en el caso del artículo 38 CE, pero éste no puede ser determinado mediante una simple interpretación jurídica, ya que remite a términos con valores económicos como el crecimiento o disminución del nivel de desempleo, mantenimiento bajo de los niveles de inflación, etc.<sup>702</sup>.

---

<sup>701</sup> En un sentido contrario: los controles estatales en la economía parecen haber disminuido a tal punto de causar la actual crisis económica. En este sentido: Maestro Buelga manifiesta: "...el proceso de globalización financiera ha sido explicado por algunos autores como la historia de las decisiones políticas liberalizadoras protagonizadas por los Estados (...) En primer lugar, la introducción de dosis, cada vez mayores, de permisibilidad y liberalización en la circulación de capitales. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e ...*", ob. cit., pp. 84 y ss.

<sup>702</sup> En la profundización de estos temas de contenido económico, encontramos que el proceso de integración de la Unión Europea les ha venido dando un tratamiento y consideración similar, por ejemplo, en el Consejo Europeo de Ámsterdam (16-17 de junio de 1997), los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea se reafirmaron en la importancia concedida al fomento del empleo y a la reducción del nivel de desempleo en la Unión (Scadplus, 1999). Consideraron también la necesidad de adoptar un enfoque positivo y coherente en materia de creación de empleo que incluya un marco macroeconómico estable, la realización del mercado único, políticas activas en materia de empleo y la modernización de los mercados de trabajo. Cfr. I. Martín Aranaga, "*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia- Reino Unido -España*". Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante, p. 26.

De manera que al dotar la Constitución a la iniciativa privada de una caracterización de *utilidad social*,<sup>703</sup> debemos resolver la cuestión de qué fines son de interés general y qué medios deben utilizarse para ser alcanzados, así como las decisiones que forman parte de tareas de dirección política, convirtiéndose dichas decisiones en verdaderos límites para la libertad de empresa<sup>704</sup>.

Para el Tribunal Constitucional español, estas exigencias constituyen una cláusula genérica que habilita al legislador para establecer toda una variedad de limitaciones al derecho subjetivo de la libertad de empresa, y sostiene que la defensa del *interés general* en el terreno económico es causa justificante de toda la normativa sobre la ordenación del mercado y de la actividad económica general, a lo que debe estar plenamente sujeto el ejercicio del derecho subjetivo a la libertad de empresa<sup>705</sup>.

---

<sup>703</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional español se pronuncia diciendo que: "... la Constitución reconoce un derecho 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, 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". STC 37/1987, de fecha 26 de marzo que resuelve sobre la Ley Agraria Andaluza.

<sup>704</sup> No obstante, dichas limitaciones derivadas de las decisiones políticas, tienen un amplio margen de decisión para regular el ejercicio del derecho. "El entrecruzamiento entre la libertad de empresa y las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios ha reducido las posibilidades del legislador para limitar la iniciativa empresarial". Cfr. I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, p. 16.

<sup>705</sup> STC 225/1993 F.J.19 A., de fecha 8 de julio de 1993, la Sentencia resuelve la cuestión de los horarios comerciales, de acuerdo con la STC 83/1984 F.J. 3, expresando que el art. 38 C.E. *no establece la libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la actividad económica*, sino que reconoce el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial, cuyo ejercicio puede estar disciplinado por normas de diversa procedencia. De este modo, *las limitaciones a las empresas* de los diversos sectores no se sitúan en el marco del art. 38 C.E., sino en aquellos campos especiales a los que se refiere cada tipo de actividad. Dichos campos de la actividad empresarial están distribuidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En consecuencia, la competencia o incompetencia de la Comunidad Valenciana para regular los horarios comerciales no deriva del art. 38 C.E., sino de la asignación por el bloque de la constitucionalidad de la materia "*comercio interior*", en la que se incluyen los horarios comerciales, materia que corresponde a la Comunidad.

Así, encontramos la defensa del *interés general económico* entendido como (las exigencias de la economía general a las que se refiere el artículo 38 CE), protegido por el Artículo 128.1 CE, "Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al *interés general*". La disposición explica que la libertad de empresa entendida como derecho subjetivo deba estar plenamente sujeta a toda la normativa sobre la ordenación del mercado y la *actividad económica general*<sup>706</sup>, así señala también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la STC 225/1993.

Ahora bien, a pesar de que el Tribunal referido ha manifestado en la STC 127/1994 que el legislador ostenta una amplia facultad para imponer limitaciones al ejercicio del derecho en cuestión, también ha dicho que: "la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado"<sup>707</sup>.

Sobre ésta afirmación, el Tribunal Constitucional ha justificado la constitucionalidad del establecimiento por ley de requisitos administrativos tanto para iniciar una actividad empresarial, en particular la actividad comercial, y para desarrollarla, una vez iniciada. Sostiene además, que la obstaculización de los principios de libre establecimiento y libre circulación de bienes, afectan la unidad de mercado<sup>708</sup>. Y en el mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional en mención, de acuerdo con la Sentencia 227/1993 es la propia Constitución la que condiciona el ejercicio de esta libertad a las "exigencias de la economía general, y, en su caso de la planificación"<sup>709</sup>.

---

<sup>706</sup> Volviendo a la STC 225/1993 F.J.3, de fecha 8 de julio de 1993, que literalmente expresa: "Al respecto, la doctrina de este Tribunal ya ha establecido que este derecho constitucional -en el que predomina "el carácter de garantía institucional" (SSTC 83/1984 y 123/1991), al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa (STC 88/1986), de un lado "viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad".

<sup>707</sup> En el mismo sentido, se ha expresado en la STC 127/1994, F.J.6, de fecha 5 de mayo.

<sup>708</sup> Véase también, STC 88/1986 F.J.4, de fecha 1 de julio.

<sup>709</sup> Al tenor literal de la Sentencia 227/1993 F.J.4: "conviene recordar que es la propia Constitución, en el mismo precepto, la que condiciona el ejercicio de esa libertad a "las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el Derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos



Por tanto, se entienden limitaciones a la libertad de empresa, todas aquellas normas que obliguen a los titulares del derecho a desarrollar una actividad determinada, o que les impida prestar un servicio o producir bienes, comercializarlos, establecer las condiciones en las que se pueden adquirir los mismos, o someter la producción de dichos bienes o la prestación de servicios al cumplimiento de requisitos de cualificación personal y de manera general, que limiten la libre competencia<sup>710</sup>.

El interés general económico es límite expreso y directo a la libertad de empresa: los poderes públicos protegen la libertad de empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general de nuestro artículo en estudio. El interés general, no económico hay que entenderlo así como un límite implícito<sup>711</sup>.

Consideramos que la diferencia entre la libertad de empresa y otros derechos constitucionales no es cualitativa sino cuantitativa, es decir, las razones que pueden alegar los poderes públicos para limitarla son muy amplias, todas las que caben en las *exigencias de la economía general* y en las tareas propias del Estado Social. No obstante, invocar esas razones no basta, no debe bastar para sacrificar la libertad de empresa. Porque si las acciones que limitan a la libertad de empresa, se justifican de tal manera, no podría ser posible respetar el contenido esencial de la misma, del que como ya

---

fundamentales o de rango constitucional. Pero, además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social. Véanse también las SSTC 111/1983, F.J. 4, de fecha 2 de diciembre y 197/1994, de fecha 4 de julio.

<sup>710</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, “*Un Ensayo sobre...*”, ob. cit., p. 61.

<sup>711</sup> Asimismo, lo declara el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal (B.O.E. de 11 de enero de 1991), cuando menciona que “la conclusión a la que se arriba en aplicación del artículo 149 número 1 de la Constitución, tanto en sus apartados 6 y 8 que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre la *legislación mercantil* y las *bases de las obligaciones contractuales* como, en cierto modo, en su apartado 13, que reserva al Estado las bases y coordinación de la planificación general de la *actividad económica*. Este punto de vista se refuerza apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional a tenor de la cual el límite implícito de la competencia autonómica ha de situarse en la necesidad de garantizar la unidad de mercado en el territorio español”.

hemos visto, ha hecho referencia la jurisprudencia como límite a los límites de dicha libertad.

Para Baño León, *las exigencias de la economía general y de la planificación*, como indica el artículo 38 CE, tendrían que ser entendidos como aspectos subjetivos e institucionales que aparecen "*inextricablemente unidos*". El legislador, al regular el ejercicio de la libertad de empresa, no sólo desarrolla un derecho, sino que *actualiza la opción constitucional por una economía social de mercado*<sup>712</sup>.

Sin embargo, la disposición establece un parámetro demasiado amplio, es claro que ha querido establecer con indeterminación el enunciado de la libertad de empresa, y la razón de ello, para algunos autores, se debe al contexto político en que se desarrolló el proceso constituyente. En consecuencia, se sostiene que era necesario "dotar al precepto de la ambigüedad suficiente para alcanzar un texto de consenso entre todas las fuerzas políticas"<sup>713</sup>.

De la misma forma en que el propio artículo 38 CE confirma la posibilidad de limitar la libertad de empresa, pues condiciona su ejercicio a la planificación y a las exigencias de la economía general, en ese mismo sentido, el artículo 41 CI advierte que el desarrollo de la libre iniciativa encuentra límites en la *utilidad social, la seguridad, la libertad y la dignidad humana*. El precepto italiano además, en su apartado tercero, encomienda a la ley dirigir y coordinar el ejercicio de la actividad económica hacia *finés sociales*<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup> Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 8, N° 24, 1988, p. 174.

<sup>713</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004, p. 47.

<sup>714</sup> La Constitución italiana dedica todo su Título III de la Parte I de la regulación de las relaciones económicas. En particular, entre estas normas, se destaca por su relevancia el Art. 41 CI, que vendría hacer el ("hermano del art. 38 CE") que regula la libertad de iniciativa económica privada, sin embargo, enuncia al mismo tiempo, los límites y condiciones para el ejercicio (ahora, a la luz del debate del impacto del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno en Italia) de manera que se trata de una verdadera piedra angular de la "controversia" en la legislación italiana y el orden de la economía. Cfr. F. Saitto, "*Economia di mercato e regolazione statale...*", ob. cit., p. 32.

De esta forma, podríamos equiparar siempre la noción de interés de la economía general al interés general, o interés público, o como en la Constitución Italiana, fines sociales. La posibilidad de limitar la libertad de empresa para preservar y mejorar el entorno económico y social es coherente también con la cultura del constitucionalismo social propio de nuestros días<sup>715</sup>, y de las constituciones económicas actuales.

Por tanto, la idea principal que debemos hacer notar es que la libertad de empresa sienta sus bases, contenido y limitaciones en el Estado Social de Derecho. En virtud de esto, la libertad de empresa siempre deberá interpretarse a la luz de su contenido, con fundamento en la prevalencia del interés general sobre el interés particular. Como ejemplos claros del interés general del que hemos venido hablando, tenemos: la protección al medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación, la democracia empresarial que se va a traducir en la puerta que abre el constituyente para que los trabajadores, que son la parte social de la empresa, participen en la gestión de la misma<sup>716</sup>.

En la misma línea de ideas, la Jurisprudencia alemana, se ha expresado en esta cuestión, manifestando que para juzgar la idoneidad y necesidad del medio elegido para alcanzar los objetivos deseados, así como para llevar a cabo en este contexto la evaluación y pronóstico de los peligros que amenazan a los individuos o al interés general, se le ha atribuido al legislador un espacio de decisión, el cual sólo puede ser examinado por dicho Tribunal Constitucional Federal en forma limitada,

---

<sup>715</sup> *Ibíd.* p. 146.

<sup>716</sup> A propósito, Para que el ejercicio del poder del empresario sea regular debe además adaptar el interés empresarial al "interés del sistema" o interés general (objeto lógico de protección constitucional: así como lo establece el art. 128.1 CE), ajustándose a criterios de racionalidad técnico-productiva, y debe además respetar los derechos e intereses legítimos de los trabajadores. Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2004, p. 129.

dependiendo de la clase de asunto que esté en discusión y del bien jurídico que esté en juego, de modo que el Tribunal pueda dictar una sentencia suficientemente segura<sup>717</sup>.

Por tanto, coincidimos con García Vitoria, en que para justificar los límites es necesario "huir de las razones demasiado generales", es imprescindible precisar qué se entiende por "interés público" o por "exigencias de la economía general", ya que entre estos conceptos tan poco precisos es fácil que cualquier intento de control termine por ser fallido, por lo que es imposible analizar "sinceramente" la relación entre *el fin y los medios* admitiendo una razón capaz de comprender cualquier cosa<sup>718</sup>.

De cualquier manera, y según lo que hemos visto hasta el momento, la autonomía privada<sup>719</sup> en cuanto facultad o libertad de ejercicio de la libertad de empresa, es decir, el poder de decisión de los particulares<sup>720</sup> que tiene sustento en una multitud de derechos constitucionales de diversa índole, a través de los cuales se concreta la iniciativa privada empresarial, como en el caso de la autonomía contractual, en la autonomía privada del sujeto del empresario, de su capacidad para disponer de su empresa, de sus bienes e intereses, y tantos otros medios y recursos económicos para garantizar la eficacia productiva y por ende, el bienestar general de la sociedad<sup>721</sup>.

---

<sup>717</sup> Sentencias de la *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 77, 170, 215; y 88, 203 262).

<sup>718</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*Prohibiciones ambientales y...*", ob. cit., p. 196.

<sup>719</sup> Frente a los enfoques de *autonomía privada y autonomía pública*, Habermas defiende la co-originalidad o mutua implicación entre ambas, y lo defiende como un *paradigma procedimental del derecho* que, según el autor, representa una reacción contra los fracasos del Estado liberal Burgués y del Estado social, que a su juicio son causantes del desconocimiento de la conexión interna existente entre Estado, derecho y democracia. Cfr. G. Pisarello Prados, *Las afinidades constitucionales de Habermas*, en: Jueces para la democracia, N° 39, 2000, pp. 52 y ss.

<sup>720</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", ob. cit., pp. 479-482.

<sup>721</sup> La autonomía privada entonces, se encuentra justificada en virtud del espacio en donde se desarrolla: el mercado, y si la economía de mercado jurídicamente se cristaliza en la libertad de empresa, implícitamente lo hace en la economía de mercado. *Ibidem*.

## 4.5. LA PLANIFICACIÓN

Como hemos visto, la regulación constitucional de la libertad de empresa dispuesta en la Constitución de España, establece que la garantía y protección de la misma por parte de los poderes públicos tiene lugar "de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación"<sup>722</sup>.

Esta planificación<sup>723</sup> que indica la libertad de empresa, se regula constitucionalmente, a través del artículo 131 CE. De forma que ambas normas encuentran coherencia y concordancia, la noción de planificación se encuentra regulada de forma que "en su caso", será el marco o parámetro dentro del cual se garantizará la libertad de empresa. según su regulación constitucional, la planificación opera como medida de intervención del Estado en la economía, dirigida tanto al interés público como al privado, y en el caso español, dirigida por el Estado Central, y las Cortes Generales<sup>724</sup>, de forma que quien tiene la facultad de utilizarla como herramienta para orientar la economía general en ciertos objetivos constitucionales, es el legislador, quien podrá establecer los medios o instrumentos para desarrollarla<sup>725</sup>.

---

<sup>722</sup> Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 219 y ss.

<sup>723</sup> Artículo 131 CE, 1. El Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por Ley.

<sup>724</sup> Este punto de vista se refuerza apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional a tenor de la cual "el límite implícito de la competencia autonómica ha de situarse en la necesidad de garantizar la unidad de mercado en el territorio nacional"; preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (B.O.E. de 11 de enero de 1991).

<sup>725</sup> La planificación e incluso la nacionalización o la intervención de empresas está expresamente prevista en la Constitución. Los límites más ordinarios e importantes a este derecho se imponen en cada una de las distintas regulaciones sectoriales que ordenan la actividad industrial o comercial. Sobre el catálogo de esas limitaciones es importante la sistematización de: M. S. Giannini, *Diritto Pubblico della Economia*, Bolonia, 1977, pp. 175 y ss., cit. por: J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental...*, ob. cit., p. 165.

De forma que se trata de una categoría específica de intervención del Estado en la economía<sup>726</sup>, con una tendencia unificante, que en España no ha sido utilizada en tal forma, es decir de intervención, y tampoco está prevista que pueda ser usada por las Comunidades Autónomas<sup>727</sup>.

De Cabo considera, que la cuestión de distribución más justa de la renta y la riqueza en la Constitución Española, se relaciona directamente con la "socialización del Mercado", ya que si se llevan a cabo intervenciones directas sobre el mismo, que tienden a crear espacios sociales – es decir, de interés general- en los que se elimine la Ley del valor (*que no sea el mercado el que decida*) sino que, a crear progresivamente espacios *desmercantizados* mediante vías diversas: garantías, derechos sociales, traspaso y gestión de recursos al ámbito público, creación de monopolios públicos en servicios básicos o intervenciones directas sobre el Mercado, bien a través de la iniciativa pública, bien suspendiendo o interrumpiendo la libre competencia, el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda a través de las posibilidades que ofrecería la constitucionalización de la *planificación* como principio básico de la regulación económica y con una finalidad -también recogida constitucionalmente- no sólo funcional, sino valorativa<sup>728</sup>.

El fin de una planificación con carácter constitucional<sup>729</sup> tendría un valor de distribución de la riqueza de manera más justa. Y en ese mismo sentido, para Bassols

---

<sup>726</sup> De manera que el Estado tiene reconocida la posibilidad de planificar la economía general mediante ley, mediante la Norma suprema, (art. 121 CE), es decir, la posibilidad de intervenir mediante planes económicos. No parece que dicha planificación pueda ser imperativa, sino indicativa. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A., Águila Real, "Art. 38", ob. cit., p. 980.

<sup>727</sup> No obstante, se sostiene que la actividad planificadora si era una competencia institucional de las Comunidades Autónomas, pero para el ejercicio de sus competencias. F. Garrido Falla, "La planificación económica" en AA.VV., *El Modelo Económico en la Constitución Española, (Tomos I y II)* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, p. 441.

<sup>728</sup> Cfr. C. De Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: Teoría y Realidad Constitucional, N.º. 19, 2007, pp. 202 y ss.

<sup>729</sup> Se sostiene en la doctrina que en los años sesenta el debate sobre la planificación era vinculado a la constitución económica y la relación público-privado. La legitimación de una intervención que incide en la iniciativa privada, ésta sólo cobra sentido constitucional en el cuadro del gobierno público de la

Coma, la planificación es un “instrumento de racionalización de la vida económica y un factor de dinamismo y de evolución social”<sup>730</sup>.

Entendemos entonces que cuando nos referimos a *la planificación* se trata de anticiparse a las actividades económicas dentro del mercado, mediante la toma de decisiones que inciden en las mismas, y cuyo fin es conservar el orden económico social existente o bien, reformarlo de tal forma que se eviten desequilibrios que provoquen lesiones a la economía, sobre todo en función de atender a las necesidades de la colectividad<sup>731</sup>.

Así, el Estado prevé su intervención en las actividades económicas sentando principios y procedimientos para las mismas, y lo hace a través del legislador, la intervención de las Comunidades Autónomas, sindicatos, organizaciones empresariales, iniciativa pública en la economía, empresas públicas etc.<sup>732</sup>

Sin embargo, esta función de anticiparse a los resultados esperados por las actividades empresariales, debe ser compatible con la libre determinación empresarial, es decir, que las decisiones tomadas y que determinen los planes

---

economía y sirve de base para el establecimiento de límites fuertes respecto a las libertades económicas privadas. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e...*”, ob. cit., p.63.

<sup>730</sup> Cfr. F. Garrido Falla y otros; *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 381.

<sup>731</sup> Se trata de la limitación a una de los componentes de la libertad de empresa: *la libertad de disposición*, que abarca, sobre todo, la libre planificación económica, la política de personal y la disposición de los medios de producción. Desde el punto de vista constitucional, han desempeñado un papel particularmente importante las limitaciones legales del derecho de disponer libremente sobre los medios de producción y sobre el personal. Una parte considerable de la política social y el dirigismo económico, así como la redistribución relacionada con ambas no se lleva a cabo a través del presupuesto del Estado, sino que se realiza mediante la asignación, por ley, de beneficios y de las cargas correspondientes, directamente entre trabajadores y patronos, entre distintos sectores económicos. Cfr. F. Ossenbühl, *Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 11, N° 32, 1991, p. 29.

<sup>732</sup> Sobre la planificación, Predieri realiza un discurso sobre la elasticidad constitucional referida precisamente a los instrumentos interventores, incluido el gobierno general de la economía, flexibilidad que no debe separarse de la constitución material económica del Estado social. C. De Cabo, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986, p. 36.

económicos deberán ejecutarse tomando en cuenta que la libertad de empresa condiciona las técnicas de actuación, por lo que ambas deben ser compatibles entre sí. Como ya mencionamos, la referencia del artículo 38 de la libre empresa *en el marco de la economía social de mercado* permite un sistema de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa<sup>733</sup>.

La cuestión a resolver sobre este tema es si la fuerza normativa o el alcance de la Ley que regule este "plan", podría establecer el ejercicio de la actividad económica de los particulares<sup>734</sup>, es decir, definir si las políticas y medidas económicas que estableciera dicha normativa pueden tener un carácter imperativo o si es solamente indicativo<sup>735</sup>. Así pues, tenemos que la tarea del intérprete será valorar cada caso en concreto sobre la constitucionalidad de la planificación, en virtud de que debe sujetarse a las limitaciones, o parámetros constitucionales de carácter económico.

Hemos repetido varias veces, que la protección y garantía de la libertad de empresa por parte de los poderes públicos tiene lugar de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso, de la planificación, de forma que ésta última pasa a ser también una exigencia<sup>736</sup>, no sólo por la interpretación gramatical y el análisis sintáctico que se hace del artículo, sino que también se entiende así, porque al ser una ley que es emitida por las Cortes Generales, se ajusta al principio de legalidad, fijado como garantía de límite a la libertad de empresa, -tal como veremos en el

---

<sup>733</sup> Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., p.51.

<sup>734</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 200.

<sup>735</sup> Para García Pelayo, dicho plan nacional " no podrá determinar coactivamente la acción de las empresas, sino que ha de limitarse a condicionar sus decisiones y planificaciones mediante mecanismos indicativos, informativos, incentivos, etc., en una palabra: el plan ha de ser *liberal*". Cfr. M. García Pelayo, "*Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución*" en: Ramírez M., Estudios sobre la Constitución española de 1978, Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 53.

<sup>736</sup> Estas exigencias no podrán servir en ningún caso de pretexto para vulnerar los elementos sustanciales de la libertad de empresa: el derecho a la creación, organización, modificación y en su caso disolución de empresas, así como la constitución de grupos de empresas y la igualdad y la competencia entre los agentes económicos en el mercado. Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 126.



próximo capítulo- siendo que su aplicación no vulnera el contenido esencial de la libertad de empresa, al ser una finalidad constitucional, es coherente tanto con la noción de Estado social y democrático de Derecho como con la forma de Estado autonómico en armonía y equilibrio con las comunidades que integran al mismo<sup>737</sup>.

A riesgo de ser repetitivos, hacemos notar una vez más, que el artículo 38 CE hace referencia a la planificación, como fuente de limitación a la libertad de empresa. Dicha referencia dentro del precepto puede juzgarse como si estuviera consagrada a la planificación que recoge el artículo 131 CE, que es una planificación estatal y que se proyecta sobre toda la economía y no sobre sectores concretos como lo estipula el Tribunal Constitucional en una de sus Sentencias en la que hace referencia a la misma planificación del art. 131 CE en ambos supuestos, como “una planificación conjunta de carácter global de la actividad económica, tanto estatal como autonómica”<sup>738</sup>, de modo que no existe claridad sobre si esta planificación limita el ejercicio de la libertad de empresa en el sector económico sobre el que ésta se aplica o en términos generales.

Sobre la relación entre la libertad de empresa y la planificación, el Tribunal Constitucional mediante la STC 37/1981, en la que la Junta de Galicia alega que las normas impugnadas vulneran el art. 131 CE, en cuanto establece los requisitos formales y procedimentales de elaboración y aprobación de planes estatales, se ha limitado a decir que la libertad de empresa ha de ser compatible con la planificación general, señalando que "...el art. 131 de la Constitución responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su propio tenor literal..."<sup>739</sup>.

---

<sup>737</sup> *Ibíd.* pp. 200 y ss.

<sup>738</sup> STC 29/1986. F.J.3, de fecha 20 de febrero, que resuelve las inconstitucionalidades, promovidos por la Junta de Galicia contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización, y de la Ley 27/1984, de 25 de julio, de Reconversión y Reindustrialización.

<sup>739</sup> La STC 37/ 1981 de fecha 16 de noviembre de 1981, contiene esta referencia en el voto particular del Magistrado Luis Díez-Picazo a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la

De igual forma se ha pronunciado en relación a la planificación sanitaria como justificación de determinadas limitaciones legales a la libertad de empresa, en la STC 109/2003, en la que el Tribunal citado sostiene que las oficinas de farmacia están subordinadas a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas con la obligación de prestar una serie de servicios básicos a la comunidad<sup>740</sup>.

A manera de concluir la cuestión, estimamos que la planificación en relación a la libertad de empresa, debe garantizar el cumplimiento de los fines que ambas persiguen, según el artículo 131.1 CE, la planificación busca atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, de manera que tiene entenderse, en cada caso concreto, en la búsqueda de este objetivo<sup>741</sup>.

Asimismo, no podemos perder de vista que la libre iniciativa empresarial se vea limitada, pero debe encontrarse justificada siempre en función del bienestar de la

---

Universitat d'Alacant

Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías. Voto particular al que se adhieren los Magistrados Manuel Díez de Velasco Vallejo y Plácido Fernández Viagas. Que literalmente señala: "Por ello, nos parece que la norma del art.38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa".

<sup>740</sup> Al tenor literal de la en la STC 109/2003: "las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios de interés público sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas y en las que el farmacéutico titular propietario y sus ayudantes o auxiliares quedan sometidos a la obligación de prestar una serie de servicios básicos a la comunidad".

<sup>741</sup> En palabras de Albertí Rovira: "Efectivamente, la necesidad de intervención pública en la economía y en las relaciones sociales que marca el nuevo papel que se asigna al Estado, activo en lo económico y beligerante en lo social, es lo que da lugar a la incorporación de normas económicas en la Constitución, en la medida en que la intervención pública que se prevé comporta una limitación de la propiedad y de la libertad de actuación económica de los individuos, bien directamente (fórmulas de planificación, nacionalización o socialización, reconocimiento de la iniciativa económica pública) o bien indirectamente (reconocimiento de derechos sociales, que establecen mandatos a la acción pública que no es posible cumplir sin limitar tales derechos y libertades)". Cfr. E. Albertí Rovira, "*La cláusula de libre circulación y la garantía de la...*", ob. cit., p. 42.

colectividad<sup>742</sup>, de lo contrario, las limitaciones provocadas por la planificación de las actividades económicas lesionarían el libre desarrollo empresarial por parte de los particulares.

La planificación en tanto constituye una opción constitucional –en caso que se haga uso de ella– claramente genera obligaciones y responsabilidades, al ser una intervención indirecta y soportada por los poderes públicos, se dirige sobre la actividad privada ajustando el interés de ésta con el público, y así asegurar la *funcionalización social*, de los derechos de tipo social y económico, es decir: un propósito o fin público, a construirse a partir del ámbito económico e involucrando los particulares, su participación, la de sus bienes y sus libertades económicas para emprender, trabajar, organizar, competir, contratar<sup>743</sup>, etc.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>742</sup> En el mismo sentido, el art. 41 de la Constitución italiana encomienda al Estado la tarea de determinar los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales.

<sup>743</sup> Dentro de este marco se encontrará la libertad de planificación económica, la libertad de contratación del capital humano, la libertad de producción, y la libertad de inversión y desarrollo. En cuanto a la libertad de planificación económica, es claro que el empresario siempre tiene la facultad de dirigir financieramente su empresa de la forma como mejor corresponda, planificando sus inversiones de capital. Sin embargo, el empresario no debe olvidar que toda vez que actúe como administrador de la misma, deberá obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

## CAPITULO 5

### REGULACION Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Los derechos constitucionales encuentran limitaciones<sup>744</sup> por la vinculación que existe entre ellos y la configuración que de los mismos realiza el legislador<sup>745</sup>, en el caso que hoy nos ocupa, es válido partir de la idea de que no es necesario hacer un análisis sobre si la norma contiene límites a la libertad de actuación de los particulares y si esta autonomía está constitucionalmente regulada y limitada, porque ya hemos visto que es así.

Una vez que hemos analizado a la libertad de empresa como un derecho constitucional en sus dimensiones tanto objetiva como subjetiva, procedemos al estudio que somete a todos los derechos, es decir, a la cuestión de ser objeto potencial y efectivo de limitaciones. Las restricciones que se reconocen a la libertad de empresa, plantean el problema de su reconocimiento, no sólo por la formulación jurídica de la misma en la Constitución, sino también por la interpretación de la misma, cuya noción constitucional se ha construido sobre la idea de limitación<sup>746</sup>, o en general, de derecho condicionado<sup>747</sup>.

---

<sup>744</sup> En ese sentido, el artículo 29.2 de la Declaración de la ONU señala que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". Declaración de las Naciones Unidas de 1 de enero de 1942.

<sup>745</sup> Entendemos a la Ley en su sentido más amplio, incluyendo tanto a la Ley como al Reglamento, porque ambas cumplen un papel *central en la configuración* de la Libertad de empresa. Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 198.

<sup>746</sup> Anticipamos, que el presente apartado, pretende destacar el ámbito de discrecionalidad del legislador, que debe ser fijado constitucionalmente, a partir del principio de igualdad y de los valores y principios del Estado social, considerando que la actitud del legislativo debe ser examinada dentro de límites objetivos razonables, para lo que se deben tener en cuenta las restricciones económicas.

<sup>747</sup> Cfr. S. Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988, pp. 17 y 18.

Ya que cuando una norma que enuncia un derecho o libertad es introducida al ámbito constitucional, y tal como veíamos en el apartado anterior, la fuente jurídica de las limitaciones del derecho deriva, para comenzar, de la propia Constitución. Al mismo tiempo que se establecen los límites que supone la coexistencia entre los distintos derechos, logrando un balance entre todos los valores, bienes, principios e instituciones, contenidos en la Constitución, sin olvidar que es precisamente esa la razón por la cual son eficaces todos frente a todos<sup>748</sup>.

En síntesis, se busca alcanzar interpretaciones que permitan la máxima efectividad de las normas constitucionales, a través de la unidad constitucional<sup>749</sup> de todos los derechos y de cada derecho fundamental, y en tal medida, la restricción del mismo que vaya más acorde con el ideal de justicia que es concebido para cada caso general o particular<sup>750</sup>. De esta forma, tenemos tres categorías para individualizar las limitaciones de un derecho a partir de las normas constitucionales, en primer lugar, la norma que consagra el derecho, en segundo lugar, aquellas relacionadas con los elementos que estructuran dicho derecho, y finalmente, las demás normas constitucionales<sup>751</sup>.

Ahora bien, lo que nos interesa es analizar la cuestión de la libertad de empresa, y concretar el problema de su limitación, apelando a otras normas de la Constitución. Así, tenemos por ejemplo, a *los trabajadores*, que se encuentran protegidos por el art. 35 CE, los intereses de *los consumidores*, *el medio ambiente*, recogidos en los art. 51 y 45 CE, respectivamente, o la *organización del organismo y una adecuada utilización del territorio*,

---

<sup>748</sup> A este punto, la tarea se vuelve difícil, porque las distinciones entre "discursos de justificación y discursos de aplicación, o entre valores y principios, con los que se pretende delimitar algunas de las restricciones normativas especialmente por autores como Habermas, y a las que estaría constreñida la justicia constitucional no resultan del todo claras. Cfr. G. Pisarello Prados, *Las afinidades constitucionales de Habermas*, en: *Jueces para la democracia*, N° 39, 2000, p. 56.

<sup>749</sup> Dados los principios de máxima eficacia de los derechos fundamentales, de unidad constitucional y reglas como el artículo 1 CE, que constituye el Estado social y democrático de Derecho, hablamos de una verdadera unidad constitucional, política, económica y social.

<sup>750</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", ob. cit., p. 606.

<sup>751</sup> *Ibidem*.

como señala el art. 47 CE; y así todos aquellos que puedan verse relacionados directamente con el desarrollo de la actividad empresarial, involucrando a los demás titulares de la libertad de empresa<sup>752</sup>; además del art. 53.3 CE, que declara que dichos principios "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Asimismo, existen otras limitaciones a la libertad de empresa recogidas en la misma Constitución, pero de forma más amplia, como hemos visto, *habilitaciones para intervenir en la actividad económica*, establecidas por los arts. 128.2 y 149. 1 CE, *finalidades específicas del orden económico*, como la que establece el art. 40. 1 CE, *la prevalencia del interés general sobre el particular*, que señala el art. 128. 1 CE, como algunos ejemplos<sup>753</sup>.

Paz-Ares y Águila-Real entienden de manera general que cuando el Estado sustituye en la toma de decisiones económicas a los particulares, debe considerarse a la libertad de empresa limitada<sup>754</sup>, sin embargo, considero importante analizar si en la práctica se ha dado una autonomía al mercado que sobre pasa los límites constitucionales, amparándose en una interpretación errónea de la libertad de empresa, y partiendo de esa idea no podemos afirmar como válida esta interpretación de limitación de la libertad de empresa, ofrecida por Paz-Ares y Águila-Real.

---

<sup>752</sup> Para Ferrajoli, existe una correlación entre los derechos fundamentales y una dimensión de la democracia a la que el autor italiano denomina "democracia sustancial". Por "democracia sustancial" entiende al conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política. Cfr. A.M. Alterio *La "esfera de lo indecible" en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*, Universitas. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 13, enero 2011, pp. 9 y ss.

<sup>753</sup> En este sentido, el constitucionalismo consistiría en una *combinación de procedimientos*, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. "El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad o incluso meramente *la mayoría* de sus miembros- establezca que es el contenido de estos derechos". *Ibíd.* p. 34.

<sup>754</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "*Un Ensayo sobre...*", *ob. cit.*, p. 60.

En el capítulo II de la primera parte de nuestra tesis, veíamos que la presencia de los *mandatos de optimización*<sup>755</sup> que concurren en los derechos fundamentales, obliga al Estado a conservarlos en el caso de verse amenazados por la protección de otros *mandatos de optimización* presentes en los demás derechos fundamentales, que para este caso, son potencialmente capaces de restringir a la libertad de empresa. Para éste análisis, y tomando en cuenta el tipo de Estado en el que se encuentra desarrollado nuestro objeto de estudio, es decir un Estado social, es imprescindible que tomemos en cuenta la búsqueda de un interés general, y esto, cabe en el sentido de lo consagrado en el artículo 128.1 CE. Debe tomarse en cuenta que el interés general no lo determinan los órganos políticos, sino más bien, se encuentra dentro de los márgenes de discreción que les deja la constitución y el resto del ordenamiento jurídico<sup>756</sup>.

Para De Juan, la cuestión principal es determinar cuál es el *criterio operativo*<sup>757</sup> para definir "hasta dónde puede llegar la presión de los poderes públicos sobre el derecho de los individuos al libre ejercicio de la actividad empresarial, y tomando en cuenta el fundamento de la Constitución económica, es decir, el parámetro impuesto por el art. 128.1 CE, subordinación de toda la riqueza y la actividad económica a un interés general, así como el reconocimiento genérico de la iniciativa pública para regular la libertad de empresa. En tal sentido, "son legítimas todas las limitaciones impuestas

---

<sup>755</sup> Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 112 y ss.

<sup>756</sup> A propósito de éstos márgenes de discreción, se sostiene que la "redacción legal da pie a interpretar que en ejercicio de potestades constitucionales discrecionales el Gobierno podría lesionar el contenido constitucionalmente declarado de derechos fundamentales". Cfr. L. Parejo Alfonso, *La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español*, REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004. p. 13.

<sup>757</sup> Cfr. Juan Asenjo, O. de, *La Constitución Económica Española, Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 160 y 161.

por la ley con tal que respeten la libertad del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación"<sup>758</sup>.

En ese orden de ideas, es válido mencionar que estaríamos en presencia de normas contrarias al mandato constitucional, frente a aquellas medidas restrictivas cuyo fin es proteger únicamente a un determinado sector de empresarios, cuando éstas son adoptadas en perjuicio de la libre competencia, en las que el interés general que se alega, únicamente brinda protección a un cierto grupo de empresarios con objetivos específicos, el Tribunal Constitucional español ha recogido lo anterior, manifestando que la defensa de sectores profesionales, aun cuando tenga una repercusión en intereses públicos generales, se refieren a intereses particulares propios de categorías profesionales concretas<sup>759</sup>.

En el estudio general de la limitación de los derechos fundamentales, encontramos la teoría interna y externa de los mismos, que sirven para establecer el contenido que de los mismos es vinculante al legislador<sup>760</sup>, y que veíamos antes.

Los principios rectores de la política social y económica, constituyen el origen de los límites al ejercicio de la libertad de empresa, que es precisamente, el motivo por el cual se le da la importancia a la labor del legislador en la delimitación del contenido de este derecho.

---

<sup>758</sup> *Ibidem.* pp. 160 y 161.

<sup>759</sup> STC 79/1994 F.J.10, de fecha 14 de marzo de 1994, que literalmente establece que: "La defensa de estos sectores profesionales y económicos, aunque tengan manifiesta repercusión en los intereses públicos generales, se refiere a los intereses particulares que son propios de unas categorías profesionales concretas, esto es, a los intereses profesionales, y sobre todo económicos, de quienes ejercen el comercio, la industria o la navegación. Se trata, pues, de intereses sectoriales que, en principio, no justifican la obligatoriedad de este tipo de corporaciones".

<sup>760</sup> Cfr. C. Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 442.



La concepción de límites a un derecho puede tener dos connotaciones, por una parte, la determinación del contenido material del derecho, por otra parte, la imposición de restricciones al derecho. De esa forma, dependiendo de la connotación utilizada, el concepto limitación consiste en establecer fronteras o fijar el alcance de una acción.

Se ha dicho que la *limitación interna* es aquella que resulta ser *inmanente o intrínseca* al derecho, de la propia naturaleza, contenido y finalidad del derecho mismo, y que además impiden reconocer en el legislador el poder de limitación, pero sí, la competencia para explicitar los límites propios del derecho, desde la Constitución, ya que el constituyente los ha establecido de manera expresa o implícita, y se deducen por una interpretación lógica y teleológica del precepto constitucional. Siendo de ésta manera, los elementos delimitadores del contenido del derecho, así como lo veíamos en apartados pasados, se extraen de la Constitución porque se encuentran detallados en el texto o porque resultan de su interpretación sistemática.

En cuanto a los límites *externos o inmanentes*<sup>761</sup>, se sabe que son aquellos que resultan de su relación con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos y buscan restringir el ámbito de ejercicio del derecho; y pueden encontrarse expresamente

---

<sup>761</sup> La denominación de límite inmanente procede principalmente de la doctrina y jurisprudencia alemana, cuya constitución no permite que el legislador limite externamente un derecho fundamental si la Constitución no lo habilita expresamente, y dado que no siempre existe dicha habilitación expresa, se ha recurrido a ésta interpretación como habilitante general para que el legislador pueda realizar esa labor y conciliar los derechos fundamentales con otros bienes que no se encuentren expresamente concretados por el constituyente como límites expresos al derecho fundamental. Asimismo, en España, la doctrina suele asimismo distinguir entre *límites inmanentes* y *límites externos*. No obstante, conviene precisar que el término “límite inmanente” encierra, al menos, dos significados completamente distintos: una parte de la doctrina utiliza esta expresión para designar aquellos límites que derivan de la necesidad de salvaguardar otros derechos y bienes constitucionales, mientras que otros autores la emplean para referirse a los límites que brotan del interior del propio derecho. La dicotomía límites inmanentes – límites externos se refiere sólo al segundo significado, es decir, a los límites inmanentes en sentido estricto. Con esta clasificación se plantea el problema de la existencia de determinados límites a los derechos fundamentales que derivan de la propia estructura interna del derecho, diferentes de los denominados límites externos, que restringen desde fuera el derecho. Cfr. I. García Vitoria, “*Prohibiciones ambientales y...*”, ob. cit., p. 78.

recogidos de la Constitución o pueden derivarse de la misma. De forma que dichos límites estarían constituidos por aquellos bienes o intereses -individuales o colectivos- que pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental y que pueden verse lesionados cuando aquel es ejercitado<sup>762</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español asume la idea de que *no existen derechos ilimitados*<sup>763</sup>, los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites *intrínsecos*<sup>764</sup>. La teoría de los *límites inmanentes*<sup>765</sup>, sobre la base de la limitabilidad general de los derechos fundamentales y la necesidad de conciliar éstos con otros bienes que el ordenamiento protege.

Por tanto, y según la doctrina del Tribunal relacionado, la regulación del ejercicio de los derechos puede entrañar tanto su concretización legislativa como la imposición de límites a los derechos, ya sea en base a criterios subjetivos<sup>766</sup>, o bien en atención a criterios objetivos.

---

<sup>762</sup> Para Correa, esta teoría externa de los límites, separa los conceptos derecho y límites a los que apela específicamente como "restricciones", de lo que resulta que la noción de límite sea *externa* o distinta del derecho y provenga de la necesidad, si del caso se trata, de hacer compatibles el derecho con otros derechos y con los demás bienes constitucionalmente protegidos. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 618.

<sup>763</sup> STC 2/1982, F.J. 5, de fecha 29 de enero de 1982, En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

<sup>764</sup> STC 5/1981, F.J. 8, de fecha 13 de febrero de 1981.

<sup>765</sup> "(...) En tanto que la expresión límites intrínsecos alude a aquellos límites implícitos en la noción misma del derecho fundamental afectado y que derivan de la incorporación de éste al ordenamiento pero en todo caso operantes en el interior del propio derecho fundamental en cuestión, la expresión límites inmanentes se sitúa más en el ámbito de la "irremediabilidad" de la limitación fruto de su incorporación a un sistema complejo como el ordenamiento jurídico, pudiendo afectar al derecho desde el exterior del mismo, esto es, mediante límites externos a su contenido". Cfr. L. Aguiar de Luque, *Los límites de los derechos fundamentales*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 9, N° 14. Enero-abril 1993, pp. 20 y ss.

<sup>766</sup> Es decir, cuando el límite afecta a ciertos sectores de población que tienen una posición jurídica particular en cuanto se hallan sometidos a una relación de sujeción especial: miembros de las Fuerzas Armadas, funcionarios públicos, internos en establecimientos penitenciarios, etc.

El contrapeso de esta limitabilidad general de los derechos es el respeto al contenido esencial del mismo, la limitación precisa ser justificada, y ello tanto por la concatenación irremediable entre la existencia de límites inmanentes y la necesidad de justificación como por el valor central de los derechos en el sistema constitucional; esto es, si los límites derivan de la *incardinación* de los derechos en el texto constitucional y del principio de unidad de la Constitución, y los derechos fundamentales constituyen el valor central de todo el sistema, la limitación de éstos ha de venir objetivamente justificada por la realización de otros derechos, bienes o valores constitucionales<sup>767</sup>.

En el mismo sentido, la STC 11/1981 establece que "el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una *manera mediata*, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"<sup>768</sup>.

Por su parte, la sentencia 62/1982 se referirá a la cuestión diciendo que "dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en (...) el sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada"<sup>769</sup>. La valoración constitucional y el

---

<sup>767</sup> Cfr. L. Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos..."ob. cit., pp. 20 y ss.

<sup>768</sup> La valoración la realiza el Tribunal con independencia de cuáles sean las intenciones del legislador, es la siguiente: "Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos." STC 11/1981, F.J. 7, de fecha 8 de abril de 1981.

<sup>769</sup> STC 62/1982, F.J. 4 D y 5, de fecha 15 de octubre de 1982, "(...) qué debe entenderse por medidas necesarias. Cuestión que, a nuestro juicio, no afecta al hecho de que las medidas sancionadoras previstas por la Ley hayan sido de tipo penal, ya que esta solución no puede calificarse de incorrecta en un Estado democrático en el que debe tenderse a que el poder judicial sea el competente en materia de límites de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo, dado que el

control de la justificación corresponde en última y suprema instancia al mismo Tribunal Constitucional mediante una ponderación de ambos, el derecho fundamental sacrificado y el derecho, bien o valor constitucional garantizado en otro lugar<sup>770</sup>.

No obstante, la doctrina ha distinguido más clasificaciones de los límites, así que tenemos también, entre límites constitucionales *directos e indirectos* según el rango o categoría de la norma que establece el límite<sup>771</sup>. Son límites directos los positivados directamente por las propias normas constitucionales, que serían los mismos de la teoría interna, mientras que las restricciones establecidas por normas legales son límites indirectos, equivalentes a la teoría externa que ya veíamos.

Ahora bien, podemos observar que cuando la norma que restringe la libertad de empresa establece una medida que no es desproporcionada en sentido estricto, es decir, que no es excesiva en relación con el beneficio que se obtiene para la mayor consecución del interés general que se pretende proteger con la norma restrictiva, estamos hablando de límites que proporcionan de manera especial a la actividad del legislador, los denominados “principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada Constitución económica”<sup>772</sup>.

Lo anterior en virtud de que la "caracterización constitucional de la libertad de empresa" permite establecer como límites: en primer lugar, aquellos que se pueden apelar como *límites constitucionales*, que derivan no sólo del reconocimiento de la

---

ordenamiento -como antes veíamos- confía a los jueces y tribunales la tutela de tales libertades y derechos".

<sup>770</sup> El Auto 375/1983, de fecha 30 de julio, expresa esta afirmación con total claridad: "todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en caso de conflicto, un límite para otros bienes o valores; en principio la Ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a este Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al efectuarla.

<sup>771</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 276 y ss.

<sup>772</sup> STC 1/1982, de fecha 28 de enero y STC 11/1984 FJ. 5, de 2 de febrero de 1984.

iniciativa pública en la actividad económica, sino más bien de a los empresarios privados no se les abran tantas posibilidades mercantiles, en cuanto a funciones vinculadas a la soberanía o al ejercicio de atribuciones reservadas al Estado o los servicios o recursos esenciales atribuidas a la Administración pública mediante la ley, como las del art. 128.2 CE; en segundo lugar, tendríamos los límites legales provenientes de la *regulación del derecho*, que debe llevar a cabo el legislador, sujeto al respeto del contenido esencial del derecho, que según el art. 53.1 CE, pueden "delimitar el contenido de la libertad de empresa, condicionándolo, o establecer limitaciones a su ejercicio", y en tercer lugar, los límites propios del mercado, por ser precisamente el marco en el que se reconoce a la libertad de empresa y cuya regulación está consagrada en las normas legales o valores o en valores de comportamiento identificables, como aquellas que resultan de la libre competencia, de las que resultan reglas impuestas por los organismos reguladores o bien por pautas de autorregulación<sup>773</sup>.

Siguiendo con la jurisprudencia constitucional española, y sobre todo con las Sentencias 88/1986 y 208/1999, de las que se puede entender una perturbación al interés general o un abuso de competencia<sup>774</sup>, en la primera, se resuelve sobre un caso de la Ley catalana sobre ventas especiales, y en la segunda, sobre la Ley de defensa de la competencia, ambas abordan el debate sobre si la normativa sobre la libre competencia constituye un límite a la libertad de empresa o, si en cambio, actúa

---

<sup>773</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., pp. 612-613.

<sup>774</sup> La STC 88/1986, F.J. 5, de fecha 1 de julio de 1986 que señala: "sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil, y sólo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstas", y, posteriormente, en la también citada Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre, al establecer condensadamente que "la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal", delimitándose en virtud de tal doctrina una serie de materias que sólo pueden ser objeto de la regulación estatal, y en las que se excluye la competencia de las CC.AA; y la STC 208/199 de fecha 11 de noviembre; Véase también las SSTC 1/1982, de fecha 28 de enero, 6/1988 de fecha 21 de enero, 98/2000 de fecha 10 de abril, 20/2002 de 28 de enero, 196/2004, de fecha 15 de noviembre, y en general, todas aquellas relativas a competencias económicas.

como un presupuesto y una garantía de ésta, a partir de ahí que la defensa de la competencia no deba ser contemplada como una restricción de la libertad de empresa, sino más bien como una garantía de la misma, que viene exigida por su dimensión objetiva e institucional<sup>775</sup>. Además, por tratarse de una materia inequívocamente propia del sistema económico, y en consecuencia del principio y el derecho de la libre empresa<sup>776</sup>.

Como es posible deducir después de éste análisis, la libertad de empresa presenta dificultades cuando se trata de estudiar los límites de la misma, sobre todo cuando no se ven únicamente como un control al poder, sino como un objeto de limitación jurídica; aunado a estas ideas, encontramos que es un derecho constitucional con función individual y a la vez social, es al mismo tiempo una herramienta del sistema económico, que encuentra apoyo en el concepto de justicia del Estado social. Tiene una inequívoca condición de derecho<sup>777</sup> que implica el ejercicio del mismo, que de igual forma presenta consecuencias producto de su relación con otros derechos,

---

<sup>775</sup> Cfr. E. Alberti Rovira, "La Constitución económica de 1978..." ob. cit., pp. 156.

<sup>776</sup> En ese sentido nos queremos referir al derecho de defensa de la competencia y del funcionamiento eficiente de los mercados, que cuyos inicios se originan en Estados Unidos, y aunque dichos desarrollos norteamericanos, han incorporado diferencias relevantes en los distintos países. En efecto, el objetivo del derecho antitrust americano —mezcla de derecho civil y derecho penal— es la protección del comercio, restringiendo el mismo. Sobre la base de este principio, la actividad de las autoridades de defensa de la competencia se refiere, principalmente, a los acuerdos, los abusos de posición de dominio y al control de las operaciones de concentración capaces de alterar de forma significativa las condiciones de la competencia. La consideración de estos aspectos ha constituido la plataforma sobre la que se han desarrollado las distintas legislaciones nacionales. Cfr. Petitbó Juan, A., *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en: Economía Industrial, N° 349-350, Madrid, 2003, pp. 130 y ss.

<sup>777</sup> Al respecto, volvemos al análisis que hacíamos en la primera parte de nuestro estudio, sobre la Constitución económica, la naturaleza jurídica y el contenido de la libertad de empresa, que permiten señalar al constituyente que ha adoptado la teoría de los límites internos. La doctrina acepta que el art. 38 CE contiene el reconocimiento de un derecho fundamental: el derecho a la libertad de empresa que, si bien no se encuentra amparado por la protección jurisdiccional reforzada con la que la CE ha dotado a otros derechos fundamentales —los de la sección 1ª del capítulo II, del título I—, no por ello pierde su condición de derecho subjetivo. Con todo, la cuestión no reside tanto en este reconocimiento cuanto en la determinación de su contenido esencial —indisponible por el legislador en virtud del art. 53.1CE— como en la determinación de la constitucionalidad de sus límites. Los límites a la libertad de empresa hay que situarlos —al igual que ocurre para la reflexión sobre los límites del resto de derechos fundamentales reconocidos en la CE— en la propia Constitución.

libertades y bienes jurídicos, más allá de los presupuestos enunciados que determinan su contenido<sup>778</sup>.

No obstante, las dimensiones del análisis de los límites a la libertad de empresa, está claro que su contenido constitucional no se puede establecer sin incorporar los elementos de igualdad y libertad de la idea de orden económico constitucional, como una superposición que ayuda a construir la noción de actuar en el mercado de forma "*empresarialmente libre*"<sup>779</sup>, y en ese mismo sentido apreciar las limitaciones de dicha actuación.

Asimismo, recordamos que la Constitución española ha utilizado un concepto amplio para definir la garantía de la libertad de empresa, con el significado de la expresión *exigencias de la economía general*, que no se puede delimitar por una interpretación jurídica, sino económica como ya habíamos dicho, sobre todo porque nos remite a objetivos económicos<sup>780</sup> y sociales, como el crecimiento económico, la disminución de los niveles de desempleo, o los niveles bajos de inflación, entre otros<sup>781</sup>.

---

<sup>778</sup> El estudio se vuelve cada vez con mayores dimensiones, sobre todo al relacionar el análisis de un derecho con potestades tan amplias a la realidad actual, es difícil acotarlo en sus restricciones constitucionales, legales y de mercado, no obstante, la dinámica de sus límites es clara: permitir el desarrollo de las actividades propias del mercado tanto nacional, como comunitario y como globalizado, de forma que los intereses de los particulares no puedan menoscabar en función de su libertad de empresa, otros derecho y bienes jurídicos propios del interés general o colectivo y asimismo aquellos de otros particulares.

<sup>779</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 615.

<sup>780</sup> Los objetivos económicos se encuentran también entre las razones de interés general que podrían ser invocadas por el legislador para sustentar la razonabilidad de los límites a la libertad de empresa. La Constitución de España enumera, en sus artículos 130.1 y 131.1, diversos objetivos económicos que habilitan al Estado para intervenir en la economía: modernizar y desarrollar todos los sectores económicos, atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, estimular el crecimiento de la renta o distribuir de forma más justa la riqueza. Cfr. I. García Vitoria, *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial*, en: Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010, pp. 8 y 9.

<sup>781</sup> Esta idea de objetivos económicos, coincide con la noción en el ámbito del derecho comunitario, en donde los "objetivos económicos que encierra en márgenes bastante estrechos las opciones que pueden tomar internamente los diversos Estados miembros. Y ello no sólo en lo que atañe a la política económica general, que obviamente resulta tan profundamente afectada que puede incluso parecer

Pero en la teoría que tanto la doctrina como la jurisprudencia, e incluso nosotros, defendemos en esta tesis, la noción de *interés general*, es definitivamente el parámetro que determina cuales son los límites de este derecho, coherente con el art. 128.1 CE en la que se subordina toda la riqueza de España a dicho *interés general*. Tesis que como ya vimos, es también compatible con la idea italiana de la iniciativa económica que no puede ser desarrollada contrariamente a la *utilidad social*<sup>782</sup>.

Sin embargo, la verdadera cuestión en cuanto al límites que imponen los conceptos de *interés general* o *utilidad social* que derivan de las *exigencias de la economía general*, es aquella que plantea las decisiones de dirección política<sup>783</sup>, es decir, decidir cuáles fines son de interés general y que medios son los que se tienen que desarrollar para alcanzar los mismos, y la flexibilidad de éstas, reclaman la intervención del legislador.

---

que los Estados deben limitarse a cumplir aplicadamente sus deberes comunitarios, sino también en el ámbito más amplio de las políticas sociales, en general, cuyos márgenes se encuentran prefigurados por los objetivos económicos generales y van estrechándose cada vez más por las políticas y las decisiones comunitarias". Cfr. E. Alberti Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*" ob. cit., pp. 131 y 132.

<sup>782</sup> En efecto, de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Costituzionale y de la doctrina italiana, de autores como Mortati o Baldassare, se desprende que las condiciones de la vida social y de las cláusulas sociales, especialmente la del art. 41 CI, se interpretan como integradores de los principios y valores constitucionales, la reducción de la distinción, con respecto a los límites que implica, en virtud de "otro Derecho constitucionalmente relevante". Reconstruida como la autoridad del Estado, los requisitos de realización de la utilidad social pueden constituir el límite del ordenamiento de un mercado competitivo. Cfr. F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, pp. 33 y ss. En ese mismo sentido, se afirma que existe un equilibrio entre la libertad económica, por un lado, y por otro, los derechos personales y la utilidad social. C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, en: *Europa e diritto privato* (2), 2011, p. 442.

<sup>783</sup> Para Parejo, los actos políticos (cualquiera que sea la denominación que reciban, incluso la de actos de gobierno o de dirección política) en calidad de especial categoría de actos inmunes *per se* al control judicial, tanto por la vía de la delimitación genérica o abstracta de un ámbito de actuación gubernamental regido sólo por el Derecho constitucional y exento del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, como por la del establecimiento de una lista de supuestos excluidos de éste. Cfr. L. Parejo Alfonso, *La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español*, REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 5 – Año 2004. p. 12.



No obstante, no puede delegarse dichas decisiones a un poder político<sup>784</sup>, ya que se trata de situaciones constitucionalmente protegidas, como la libertad, la seguridad, la dignidad humana, y no hay espacio para la discrecionalidad política, sino únicamente para aquellos límites necesarios, que son aplicados inmediatamente por la misma Constitución<sup>785</sup>.

## 5.1. LA LEY COMO FUENTE LEGÍTIMA DE LIMITACIONES

La labor de *limitar la libertad de empresa*<sup>786</sup>, es llevada a cabo por aquel agente a quien se le ha encomendado dicha función, que en principio, es el legislador, porque así se deduce del art. 53 CE, relativo a la Reserva de Ley. De lo que se trata es de analizar el sistema de fuentes que acota y reduce a la libertad de empresa, y tomar como punto de partida a la ley<sup>787</sup>, permite descubrir ampliamente la intervención que tiene el legislador, y otros poderes a través de otras normas jurídicas<sup>788</sup>.

---

<sup>784</sup> A propósito, en el marco de la Unión Europea, se ha señalado que, a partir del Acta Única, con su referencia a la cohesión económica y social, proporciona la base legal para el intervencionismo y la dirección política del sistema económico. Cfr. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e...*”, ob. cit., p. 99.

<sup>785</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 200-201.

<sup>786</sup> Como ya se ha dicho, la libertad de empresa forma parte de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*, de diciembre de 2000, y en ella nos encontramos con seis Títulos desarrollados bajo otras tantas denominaciones: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia, más un Título séptimo relativo al ámbito de aplicación de la Carta y al alcance e interpretación de los derechos en ella contenidos. Estamos ciertamente ante una estructura original en comparación con las estructuras tradicionales de las Constituciones nacionales y en los Tratados que contienen declaraciones internacionales de derechos. La ordenación establecida por la Carta consigue una agrupación de derechos en razón de su contenido, que, en términos generales, puede considerarse válida, y que puede tener su interés jurídico a la hora de *delimitar y limitar* el ámbito protegido de cada derecho.

<sup>787</sup> En los casos existentes en la jurisprudencia alemana, la Bundesverfassungsgericht, ha señalado en qué medida el mandato de la interpretación “conforme con la Constitución”, le permite en general, al juez, limitar o complementar la voluntad del legislador. El Tribunal Constitucional Federal en su

Precisamente, por ese aspecto, debemos admitir las participaciones del Ejecutivo y de la Administración, en virtud de otras normas en donde se concretizan las limitaciones de la libertad de empresa en sectores más concretos de las múltiples actividades económicas.

Y de la misma manera, y como hemos podido observar a lo largo de este estudio, también se reconoce el papel de limitación a la libertad de empresa que tienen los tribunales constitucionales, en procesos de constitucionalidad, sobre todo cuando ésta libertad posee un significado tan amplio, y en la fijación de su contenido esencial, admitiendo de esta manera más o menos restricciones al ejercicio de la libertad de empresa<sup>789</sup>.

Los límites a la libertad de empresa, fijados bajo la potestad normativa<sup>790</sup> de la ley tienen como fin la protección de la igualdad de las transacciones para salvaguardar los intereses colectivos<sup>791</sup>, en su situación de debilidad contractual, frente al

---

sentencia del 17 de junio de 1953 –BVerfGE 2, 336 (340, 341) – se pronunció a favor de tal posibilidad, cuando del derecho vigente se podía extraer el principio de igualdad sólo de una reglamentación positiva y ésta era compatible con el tenor de la ley. Pero, en ningún caso, una interpretación “conforme con la Constitución” puede cambiar o falsear la finalidad del legislador en un punto esencial.

<sup>788</sup> Cfr. AA.VV., *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 126-127.

<sup>789</sup> Es válido hacer notar, una vez más, la presencia del Derecho comunitario en confrontación con la libertad de empresa contenida en la Constitución española, de donde es posible señalar regulaciones del ordenamiento comunitario que supongan limitación o reducción de sus ámbitos de libertad y de igualdad del derecho hacen que se constituya al igual, en fuente material de limitaciones que si bien operan sólo en el ámbito del comercio entre los Estados miembros, inciden asimismo y forzosamente en los comportamientos de producción y de competencia empresariales, toda vez que las perspectivas de éstas apuntan también a ese gran mercado. En este sentido y en el marco de la jurisprudencia constitucional española, se ha declarado mediante la STC 96/2002, de fecha 25 de abril, una inconstitucionalidad por violaciones de las libertades de empresa, residencia y libre circulación, contra una norma interna que adoptaba una decisión de la Comisión, por medio de la que se establecía la necesidad de corregir unas disfunciones creadas por normas tributarias autorizadas para los territorios forales, lo cual según el voto particular colectivo presentado a la sentencia, constituyó "una decisión política" inadmisibles en un proceso constitucional, trastocando sus límites gravemente.

<sup>790</sup> Entendemos como potestad normativa, aquella del legislador en cuanto a Leyes y ordenanzas municipales.

<sup>791</sup> Tal y como veíamos, se trata de limitar una libertad para poder proteger al interés general, o en el caso de la jurisprudencia italiana, con la cláusula de "utilidad social", de procurar el "buen

empresario<sup>792</sup>. Por esta razón, generalmente la regulación legal busca preservar el buen funcionamiento del mercado dictando normas para el buen funcionamiento de las distintas materias que se relacionan directamente con las actividades comerciales, como en el caso de las marcas, publicidad, defensa de la competencia, consumo, regulación de precios, etc.<sup>793</sup>

En tal sentido, y como lo estudiamos en apartados anteriores, cuando al aproximarnos a la definición del contenido esencial de la libertad de empresa, resulta que ésta se encuentra especialmente determinada por la ley, sin embargo, la libertad del legislador para prohibir una actividad económica no es total<sup>794</sup>. Éste no puede prohibir ninguna actividad empresarial de forma genérica y absoluta, aunque sea válido tomar en cuenta las principales limitaciones que resultan de la regulación de normas societarias, los derechos y responsabilidades de los comerciantes, etc., que son disposiciones *tradicionales* y propias del comercio.

Según el art. 53.2 CE y existen condicionamientos constitucionales que dependen de la regulación del derecho, que sólo puede hacerse por la ley que debe respetar el contenido esencial de la libertad de empresa<sup>795</sup>. Es importante en este contexto, destacar el papel que juega la Constitución y la democracia como principio legitimador de la misma, pues le confiere una condición normativa singular en la que aquélla, es decir, la Constitución, en su carácter fundamental, organiza al Estado,

---

funcionamiento del mercado", en algunos casos ya identificados con la cláusula de lo social en un hipotético "equilibrio" que es capaz de limitar la libertad de iniciativa económica. Sentencia 110/1995, de fecha 23 de marzo de 1995, relativa a un "giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale".

<sup>792</sup> Generalmente, son las grandes empresas y/o multinacionales que afectan con contratos de adhesión, a particulares, sean éstos, empresarios más pequeños, consumidores, trabajadores, etc.

<sup>793</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico* (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica), Comares, Granada, 1999, p. 262.

<sup>794</sup> Cfr. S. Muñoz Machado y J. M. Baño León, *Libertad de empresa y unidad de mercado*, en: *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Madrid, 1989, p. 213.

<sup>795</sup> Véase el capítulo II, de la Parte I del presente estudio.

entendiéndose el ejercicio del poder estatal, crea sus órganos y determina el contenido de sus actividades mediante las atribuciones o competencias.

Es así, que Estado y Constitución, guardan entre sí una correlación permanente, consecuentemente se puede hablar de un estado Constitucional que se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y que éste soberano es el pueblo, que se *auto limita* a través de la Constitución. De ahí que pueda hablarse de democracia constitucional<sup>796</sup>, que conlleva la necesidad de jurificar o limitar la propia soberanía<sup>797</sup>.

Para Muñoz Machado y Baño León, se ha otorgado al legislador una cierta flexibilidad<sup>798</sup> para configurar la libertad de empresa<sup>799</sup>, sin embargo, esto no quiere decir que “se le haya extendido un cheque en blanco”<sup>800</sup>, además que debemos

---

<sup>796</sup> Es válido hacer notar con ésta afirmación, que una buena parte de los regímenes democráticos existentes sean democracias constitucionales, quiere decir que son democracias constituidas y al mismo tiempo y sobre todo: limitadas por una Constitución, cuya supremacía se encuentra garantizada judicialmente, siempre y cuando dicha Constitución también sea democrática.

<sup>797</sup> No queremos decir que la Constitución por sí misma es la fuente de la soberanía, pues ésta – como sabemos- es la que reside en el pueblo.

<sup>798</sup> Este concepto que introduce un nuevo principio en el ordenamiento, la flexibilidad, capaz de redefinir el Derecho (...) del Estado social. Cfr. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e...*”, ob. cit., p. 103.

<sup>799</sup> Se sostiene además, que ha de llegarse a la conclusión que tales derechos "el derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia y a establecer y gestionar empresas, particularmente sociedades, que controlen efectivamente" (Según el tenor del art. 44.4º del Acuerdo con Polonia, así como del art. 45.4º del Acuerdo con la República Checa, en su contexto ha de entenderse por establecimiento) no constituyen prerrogativas absolutas, ya que, las normas del Estado miembro de acogida relativas a la entrada, estancia y establecimiento de extranjeros pueden limitar su ejercicio. I. Blázquez Rodríguez, *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (a propósito de la STCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto c-268/99, Jany e.a.)*. en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 13, septiembre-diciembre, pp. 950-951.

<sup>800</sup> Cfr. S. Muñoz Machado y J. M. Baño León, “*Libertad de empresa y...*”, ob. cit., p. 213.

analizar si efectivamente se trata de una *cierta flexibilidad* y no de una *absoluta flexibilidad*, como se ha visto en la práctica<sup>801</sup>.

Debido a esa flexibilidad el principio del Estado social no puede imponerles a los derechos fundamentales ningún límite directo. El orden democrático de la Ley Fundamental se estaría limitando y recortando en forma decisiva, entendido como el ordenamiento de un proceso político libre, si a la formación de la voluntad política se le impusiera cumplir una obligación constitucional de una determinada manera, sin que pudiera ser de otro modo<sup>802</sup>. En ese mismo sentido, la función de los jueces de amparo y tutela, en el ejercicio de confrontación y mutuo complemento entre Constitución y Ley, es fundamental, tanto como el poder de aplicación de los límites constitucionales no delimitados por la ley, como un resultado de la ponderación entre los derechos, es decir, entre la libertad de empresa y los demás bienes jurídicos y derechos protegidos por la Constitución ya sea porque la afecten o se vean afectados por ella<sup>803</sup>.

Cuando se está dentro de un conflicto entre derechos y libertades constitucionales, la solución no puede ser, bajo ningún caso, suprimir o ignorar a uno de ellos, el juez no puede, dar preferencia en abstracto, a otros derechos frente a la libertad de empresa, ni tampoco al contrario, ya que la Constitución no establece un sistema de *prelación*<sup>804</sup> entre derechos. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional señalando que " la

---

<sup>801</sup> Hablamos sobre todo de una flexibilidad en las actividades comerciales dentro del mercado, flexibilidad en las formas contractuales, flexibilidad en el mercado de trabajo, flexibilidad en las normas de producción, etc., al momento de regular dichas actividades.

<sup>802</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha referido al principio de Estado social que fundamenta el deber del Estado de garantizar la existencia de un orden social justo (BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 y ss.]); para el cumplimiento de ese deber se le atribuye al legislador un amplio poder de reglamentación (BVerfGE 18, 257 [273]; 29, 221 [235]). El principio del Estado social le impone al Estado una función, pero no establece cómo debe cumplir esa función.

<sup>803</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 662.

<sup>804</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa:...*", ob. cit., pp. 201 y 202.

capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional.

Llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos - libertad de información y libertad de empresa- no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos<sup>805</sup>".

Sumado a lo anterior, en el caso de España, la tarea del legislador no sólo se encuentra ligada a un interés general sobre la nación, sino que también a un interés de tipo local, en referencia a la división territorial de la misma, de manera que la Constitución española brinda elementos de interpretación que ayudan a delimitar el terreno de actuación que se le impone al legislador, y tanto en el caso del Estado en general como en el particular de las Comunidades Autónomas, como veremos más adelante.

En síntesis, la interpretación de la delimitación que señala el art. 128. 1 CE, tiene un alcance general, pero al mismo tiempo trascendente, que somete la *riqueza de un país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general*. De manera que los poderes públicos encargados de ordenar, garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa, se encuentren subordinados al control que los particulares pueden oponer en caso que las medidas que regulen la libertad de empresa no

---

<sup>805</sup> STC 126/2003, F.J. 7, de fecha 30 de junio, que continúa señalando: "Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del supuesto concreto".

persigan el fin último que es el de un interés público y que sólo en dicho caso puede darse por legitimada la intervención o la restricción a la libertad en cuestión<sup>806</sup>.

Es válido hacer notar, que en España la presencia de las normas externas provenientes del Derecho comunitario, presentan cada vez más una clara intervención en la economía nacional, y tanto el legislador como el juez, deben abordar las cuestiones de lo que es y lo que no puede ser la libertad constitucional que estudiamos.

## 5.2. LA RESERVA DE LEY

Como se sabe, la reserva de ley es el principio en virtud del cual se exige desde la propia Constitución que una cuestión determinada<sup>807</sup>, sea regulada por el legislador, como un cuerpo colegiado representativo, obligando al mismo, como el único encargado para a tomar la decisión sobre la introducción y el desarrollo en las

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>806</sup> Asimismo, se sostiene en la doctrina que los conflictos que suscita una interpretación extensiva de la prohibición de los acuerdos restrictivos y termina por señalar que la misma resulta inadmisibles: "La constatación práctica de que todo acuerdo por el que se intercambian bienes y servicios implica una cierta restricción a la libertad concurrencial de las partes y, por tanto, a la competencia, lleva a cuestionarse ante semejante prohibición y semejantes efectos, dónde queda la autonomía (privada) de la voluntad y la libertad de empresa consagradas en el ordenamiento español por los artículos 1255 CC y los artículos 38 y 10.1 de la Constitución Española. Esta prohibición es, por lo menos tal como ha sido entendida por los órganos encargadas de aplicarla amplísima en su alcance, y una comprensión estricta y descontextualizada de la misma lleva a sospechar de ilicitud cualquier tipo de cooperación entre empresas". Cfr. F. Díez Estella, *Los objetivos del Derecho antitrust*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, N° 224, 2003, pp. 32-52.

<sup>807</sup> A dicha cuestión, en el caso de la libertad de empresa, se le conoce como ya vimos, como "derecho fundamental", y dicha calificación como fundamental implica, en palabras del Tribunal Constitucional, referidas precisamente a la libertad de empresa, "una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial". STC 37/1981, F.J. 2, de fecha 16 de noviembre de 1981.

normas generales, que establezcan o que dispongan el régimen jurídico de dicha cuestión o asunto reservado<sup>808</sup>.

Llegados a este punto, conviene volver a las conclusiones de la importancia de delimitar el núcleo o contenido esencial de un derecho fundamental ya que se trata de un límite a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, como sin dificultad resulta de su regulación en el artículo 53.1 CE, en el que se consigna como prohibición dirigida al legislador cuando haga uso de la *reserva de ley* que el propio precepto establece<sup>809</sup>. Y así volvemos al debate de si la libertad de empresa es una garantía institucional o un derecho fundamental con contenido esencial, seguiremos, las Sentencias no esclarecedoras, pero al menos "guías" de la cuestión, del Tribunal Constitucional español. Ya que nuestro objeto de estudio no pertenece al elenco de derechos reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución española, de aquellos que según la cláusula general del art. 53.1 CE podrán regularse "solo por ley".

En el caso que hoy nos ocupa, es un ámbito idóneo para construir de forma inductiva el contenido de la libertad de empresa, ya que permite discutir sobre el alcance de la reserva de ley, el papel del *test de razonabilidad y proporcionalidad*, así como la existencia de un contenido esencial de dicha libertad<sup>810</sup>.

Como ya hemos visto, la Ley Fundamental Alemana, reconoce dos categorías básicas de derechos fundamentales: de un lado, aquellos sometidos expresamente a una *reserva o habilitación de limitación legal*, y de otro, aquellos que no lo están. Los primeros se diferencian de los segundos por contener una cláusula adicional al enunciado del derecho garantizado, según la cual *éste sólo podrá ser limitado por Ley o con apoyo en la misma* (dieses Recht kann nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden). Esta cláusula es comúnmente denominada *reserva de ley*

---

<sup>808</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 663.

<sup>809</sup> Véase el capítulo II de la primera parte del presente trabajo de investigación.

<sup>810</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*Prohibiciones ambientales y...*", ob. cit., pp. 179 y ss.



(Gesetzesvorbehalt) o, de modo acaso más preciso, *reserva o habilitación de limitación legal* (gesetzlicher Einschränkungsvorbehalt o Einschränkungsermächtigung)<sup>811</sup>.

Así pues, estos derechos fundamentales o constitucionales<sup>812</sup>, como en el caso de la libertad de empresa, encontrarán sus límites en las leyes que amplíen la reserva de limitación legal, es decir, en aquellas leyes que los limiten de manera directa o bien en las leyes que habiliten a los demás poderes públicos a limitarlos cuando sean aplicados.

La potestad legislativa que la Constitución española incorpora, tiene muy variadas posibilidades de intervención normativa para el legislador en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades, según el art. 81 CE, así como para regular el ejercicio de los mismo; por otra parte, el legislador autonómico, al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el art. 53 CE, e incluso cabría preguntarse si el ejecutivo ostenta dicha potestad legislativa en virtud del art. 86 CE, si tiene competencia normativa en materia de derechos y libertades<sup>813</sup>.

De forma que existen en la Constitución distintos mandatos de las múltiples reservas de ley específicas contenidas en un buen número de preceptos del Título I, así como habilitaciones al legislador para limitar los derechos fundamentales<sup>814</sup>. No obstante, es éste protagonismo del legislador, que cabe en las decisiones en materia económica, aquel que lo lleva a definir qué es lo esencial en dicho ámbito, y los fines y objetivos de la intervención estatal en los procesos económicos, así, estas decisiones serían competencias para "fortalecer la deliberación pública democrática en el campo

---

<sup>811</sup> Cfr. M. Bacigalupo Saggese, *La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 13, N° 38, 1993, p. 299.

<sup>812</sup> La asunción de categorías constitucionales va unida a una amplia previsión de reservas de ley establecidas en diversos apartados de la Constitución. Cfr. F. Balaguer Callejón, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, en: *Revista de derecho constitucional europeo*, N°. 2, 2004, p. 74.

<sup>813</sup> Cfr. L. Aguiar de Luque, *"Los límites de los derechos..."* ob. cit., pp. 15 y ss.

<sup>814</sup> *Ibidem*.

económico"<sup>815</sup>. Porque está claro que las decisiones de esta naturaleza deben llevarse a cabo bajo "el debate, la discusión y la pugna plural de intereses".

Siguiendo con la jurisprudencia alemana, se ha objetado comúnmente la interpretación del derecho fundamental del art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental que señala que un derecho "quedaría sin contenido", puesto que estaría sometido a la reserva de ley general. Sin embargo, al respecto es preciso tener en cuenta que con la Ley Fundamental el Poder Legislativo se encuentra mucho más limitado. La Ley Fundamental, ha erigido un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal<sup>816</sup>.

Dicho todo lo anterior, podemos destacar que, entre el ordenamiento constitucional y la interpretación de la garantía de la reserva de ley para limitar a la libertad de empresa, lo importante es el reconocimiento que se hace a la Administración para poder llevar a cabo esta función, y por tanto, establecer criterios mediante los cuales pueda hacerse efectiva ésta garantía, y se pueda regular correctamente a la libertad de empresa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha manifestado en el famoso caso de las oficinas de farmacia, que la *función de la reserva de ley* en relación con los límites a los derechos constitucionales es impedir que los ciudadanos se vean afectados por injerencias estatales no autorizadas por sus representantes<sup>817</sup>. Ésta ha sido

---

<sup>815</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en el...*", ob. cit., p. 665.

<sup>816</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán: (BVerfGE 2,1 [12 y ss.]; 5, 85 [204 y ss.]). Los más elevados principios de ese orden de valores se encuentran protegidos contra posibles modificaciones constitucionales (Arts. 1, 20,79, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Las violaciones a la Constitución (*Verfassungsdurchbrechungen*) se encuentran excluidas: la justicia constitucional vigila la sujeción del legislador a los criterios de la Constitución.

<sup>817</sup> STC 83/1984, F.J. 4, de fecha 24 de julio de 1984, que señala de forma literal: "El principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de (...) Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus

considerada la sentencia base según la cual, la verdadera garantía de *reserva de ley* que opera en la libertad de empresa en el ámbito de la economía y de las actividades que derivan de ésta, es decir, como libertad de ejercicio; se encuentra no en el precepto que establece la reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales, es decir, no en principio general establecido el art. 53 CE, sino en las reservas específicas contempladas para otros derechos o bienes jurídicos constitucionales.

La Sentencia es clara al establecer que el "(...) Significado último (de la reserva de ley), es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponde a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos (...)". Con esta declaración, se le otorga a la libertad de empresa una sola forma de regulación *la ley* a través de un sólo agente: *el legislador* que, al tenor literal de la Sentencia, son los representantes, de forma que nos recuerda una vez más, que la Constitución por sí misma es la fuente de la soberanía, pues ésta – como sabemos- es la que reside en el pueblo.

Está claro, que el discurso de la regulación de la libertad de empresa a través de la reserva de ley o, mejor dicho, a través de la reserva de ley que se ha establecido para la regulación y delimitación de otros derechos o bienes jurídicos que se encuentran relacionados a la misma, no puede terminar aquí. No, sobre todo por la realidad en la que nos encontramos, en un mundo globalizado, que cada vez más sale de las fronteras y obviamente de los límites que los ordenamientos jurídicos nacionales o supranacionales estipulan.

A este respecto, vale la pena analizar el concepto constitucional de ley, que debe ser expresión del principio democrático del Estado (social) y el principio jurídico – garantista- del Estado de Derecho, a este concepto, se añade aquel de la reserva legal,

---

productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador”.

considerado como una generalidad de la ley con un rango caracterizador de su estructura objetiva en beneficio del principio de igualdad<sup>818</sup>. Lo que queremos hacer ver, es que al tratarse la libertad de empresa de un derecho cuyo ejercicio se ve influenciado por el comportamiento de los mercados, su delimitación y limitación al relacionarlo con otros derechos, no siempre puede ser clara, de modo que más allá del art. 53 CE y la reserva legal, para regular al mismo, lo que realmente constituye un parámetro de regulación de la libertad de empresa para el legislador, es el *interés general*, el verdadero límite a los poderes públicos para la aplicación e interpretación de las regulaciones de la actividad comercial, que como ya vimos es bastante amplia también, y como no, en un continuo dinamismo, producto de la cada vez mayor, globalización. Que inevitablemente vincula a las decisiones políticas sobre materias económicas a la crisis del Estado social, dejando a un lado la vinculación del legislador a los principios económicos constitucionales.

### 5.3. LA RESERVA DE LEY Y LA ADMINISTRACION

Como ya vimos, la legislación de desarrollo delimita el contenido del derecho a la libertad de empresa, condicionándolo o estableciendo limitaciones a su ejercicio, para el caso, éstas normas deben contener al menos, la regulación básica del derecho y los condicionamientos a que deben atenerse sus limitaciones<sup>819</sup>.

Por el contrario, la legislación de la Administración Pública<sup>820</sup> se ha visto afectada por la jurisprudencia constitucional que ha excluido reiteradamente que las potestades

---

<sup>818</sup> Cfr. C. De cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 420 y ss.

<sup>819</sup> La definición del estatuto de la Administración pública (art. 103.1 CE) como organización objetivamente servicial de los intereses generales, que ha de actuar siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la asignación a los Tribunales del control del ejercicio de aquella potestad y de la legalidad de la actuación de la Administración, así como del sometimiento de la misma a los fines que la justifican. Cfr. L. Parejo Alfonso, "*La construcción, extensión, alcance y límites...*", ob. cit., p. 5.

<sup>820</sup> La Administración pública tiene una posición y función claves en la suma de poderes constituidos que es el Estado, cualquiera que sea la caracterización constitucional de éste. De ahí la trascendencia

normativas de las Administraciones Públicas les permitan regular o limitar la libertad de empresa<sup>821</sup> mediante reglamentos independientes; sin embargo, no se ha excluido constitucionalmente que los reglamentos puedan intervenir en la ordenación de estas libertades, pero deben hacerlo complementando o desarrollando las leyes.

A rasgos generales, se ha sostenido que en la limitación de los derechos constitucionales, la reserva de ley impone una sujeción estricta a la legalidad del Gobierno y la Administración<sup>822</sup>, según lo dispuesto en los arts. 53.1, 82.1, 86.1, 97.2, 103.1 CE, por lo que tendrían que excluirse como "dogma del sistema de fuentes de limitación del derecho"<sup>823</sup>. Ya que en este caso, los poderes públicos no están actuando en virtud de ninguna libertad, como ocurre con los ciudadanos en general, sino que actúan al servicio de los intereses generales, como indica de forma explícita el art. 103.1 CE, que, aunque se refiere específicamente a la Administración Pública, es un principio general subyacente que resulta aplicable al conjunto de los poderes públicos<sup>824</sup>.

---

del control y, en particular, del control jurídico, pleno y externo, cumplido precisamente por el poder judicial, de la actuación, normativa y no normativa, de aquélla. Este control es realizado en el caso español desde la independencia de Jueces y Tribunales, que es tal por consistir en una total y, por tanto, exclusiva dependencia o vinculación de éstos al Derecho. *Ibidem.*, p. 1.

<sup>821</sup> La posición de los poderes públicos no es equivalente a la de los particulares, que en este ámbito actúan en ejercicio de su libertad, protegida específicamente por el derecho constitucional a la libertad de empresa, consagrado en el art. 38 CE. Los poderes públicos, cuando actúan, no ejercen ninguna libertad, sino que *sirven al interés general*, según la afortunada expresión que emplea el art. 103.1 CE con relación a la Administración Pública y que puede extenderse sin dificultad al conjunto de los poderes públicos de carácter político. Cfr. E. Alberti Rovira, "La Constitución económica de 1978..." *ob. cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>822</sup> A propósito, se ha señalado en la sentencia 36/1982; el *principio de jerarquía*, como principio estructurador tanto de la Administración Pública (art. 103) como en particular de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad (art. 104), aparece también en reiteradas ocasiones, ya sea como garantía del funcionamiento de la Administración Pública (y, como matización de ello, las relaciones especiales de sujeción como circunstancia especialmente habilitante para la limitación de los derechos. Cfr. L. Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos..." *ob. cit.*, p. 28.

<sup>823</sup> Cfr. M. Correa Henao, "Libertad de Empresa en el..." *ob. cit.*, pp. 669 y ss., que al respecto señala que "no tiene sentido concebir que normas infra legales puedan de manera legítima determinar con carácter general, límites o limitaciones a los derechos, no autorizadas, no determinadas, no previstas en las disposiciones legales y constitucionales".

<sup>824</sup> Así, para la Administración Pública y sus concretas actuaciones, se puede afirmar que deben encontrar su justificación en una finalidad que legítimamente "quepa inscribir en la Constitución,

En este mismo sentido, la potestad reglamentaria y puntual de ciertos aspectos, objetos de reserva legal, deben estar sujetos a criterios precisos que impidan a la "autonomía creadora" por parte de la Administración. De esta manera, sólo puede llevarse a cabo dicha potestad, cuando existan habilitaciones legales para ello, sujeta a criterios claramente determinados por la Ley y con los cuales se garantice que dicha regulación reglamentaria no pueda establecer novedades en cuanto al ámbito de protección del derecho fundamental<sup>825</sup>.

Recordemos, que el legislador en estos casos, posee una doble reserva, aquella del art. 53 CE, relativa a la reserva legal, y aquella que hace referencia al contenido esencial del derecho que se está regulando, lo que sí está habilitado para hacer, es encomendar éste desarrollo normativo al Gobierno o a la Administración<sup>826</sup>.

No obstante, no es una tarea fácil distinguir en cuanto a las competencias, cuales son reservadas al poder Legislativo y cuáles a la Administración, y es por eso, que se recurre constantemente a la jurisprudencia, así, se tiene que el principio de reserva legal que destaca la STC 37/1981<sup>827</sup>, en donde se reconoce que la Administración

---

como condición de su validez". Cfr. E. Alberti Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*" ob. cit., pp. 144-145.

<sup>825</sup> *Ibíd.*, p. 670.

<sup>826</sup> En el ámbito de las reservas no cabe más regulación que la establecida en una ley, y el reglamento sólo podrá producirse para completar ésta en cuestiones de detalle que no añadan nada a la normativa legalmente establecida. Cfr. L. Martín Retortillo Baquer, y I. De Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 150 y ss.

<sup>827</sup> La STC 37/1981, de fecha 16 de noviembre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de fecha 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías, señalando en su F.J. 2, que "el art. 29 de la Ley impugnada no se agota en esta imposición de la carga de justificar el rechazo, ni se limita a precisar que se considerará injustificado el que se funde en motivos contrarios a la Ley, sino que deja por entero a la discrecionalidad del Director Gerente el juicio acerca de la admisibilidad de esos motivos y hace «de obligado cumplimiento su decisión. Es claro que esta amplísima discrecionalidad de un órgano administrativo (tanto mayor cuanto que la ley impugnada no contiene norma alguna en orden a determinar cuál será el criterio a seguir para asignar las cargas a los transportistas que acudan al Centro, pues no puede considerarse tal la referencia que el art. 32 hace al *turno riguroso*, invalidada por la salvedad que le sigue: Sin perjuicio de los criterios que se establezcan en la reglamentación

goza de una "amplísima discrecionalidad"<sup>828</sup>, el Tribunal además, estima inevitable considerar que la disposición impugnada es inconstitucional, pues impone la libertad de actuación del ofertante de la carga unas limitaciones que no existen en el resto del país y que afectan básicamente al ejercicio de su actividad privándolo de la posibilidad de optar entre alternativas.

Este tipo de resoluciones del Tribunal constitucional no sólo dejan claro que ante todo, la Administración, no puede bajo ninguna circunstancia, alterar la condición de igualdad para el ejercicio de la libertad de empresa, sino que tampoco, en lo relativo a la competencia en cuanto la regulación de la actividad de los comerciantes, en virtud del art. 149.1 y 6. CE<sup>829</sup>, se trata de una autoridad a la Administración pública para ejercer en determinadas circunstancias y para determinados efectos el derecho a la libertad de empresa.

Siguiendo con la misma STC STC 37/1981, el voto particular, expresa que la contratación forzosa contemplada bajo la interpretación del art. 53.1 CE, era

---

correspondientes) para desechar las objeciones legítimas, basadas en razones técnicas o económicas, anula la libertad de opción del cargador y, en consecuencia, afecta a las condiciones básicas de ejercicio de su actividad colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en que se encontraría si la llevara a cabo, en cualquier otra parte de España".

<sup>828</sup> No cabe aducir que, en este caso, como en el del art. 25.1 a) la decisión lesiva, de producirse, no sería derivación necesaria del precepto legal, sino fruto sólo de la interpretación contraria a la Constitución que de él se haga en el momento de aplicarlo, pues el precepto mismo no se reduce como en aquel caso a imponer la obligación de dar publicidad a la oferta de carga a través de un servicio público, sino que habilita a la Administración para obligar a concertar un contrato determinado, forzando la voluntad de uno de los contratantes. Es inevitable considerar, por tanto, que el inciso final del párrafo inicial de este artículo (...quien adoptará la decisión que a su juicio corresponda en cada caso, la cual resultará de obligado cumplimiento), así como, por conexión el párrafo final (El acuerdo del Gerente podrá ser revisado ante el Comité Ejecutivo), en cuanto imponen a la libertad de actuación del ofertante de la carga unas limitaciones que no existen en el resto del país y que afectan básicamente al ejercicio de su actividad privándolo de la posibilidad de optar entre alternativas, son contrarios a la Constitución.

<sup>829</sup> Al tenor literal de ambos numerales del art 149 CE: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Y 6ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

constitucional, ya que en relación a dicha disposición, "En relación con el art. 38, ello no significa, ni puede significar, que en cada una de las situaciones concretas en que pueda resultar limitada la libertad de actuación de un empresario tenga que producirse una Ley, ni que en cada limitación de la concreta libertad empresarial haya necesariamente una reserva de Ley"<sup>830</sup>. Y señala, además que "el principio de libertad de empresa cuando tiene por objeto precisamente defender a los pequeños empresarios privados, como empresarios libres, y dar transparencia al mercado en que se mueve", refiriéndose a las obligaciones de contratación forzosa.

Consideramos, que la decisión es relevante sólo en el sentido en que se estime obstaculizada la autonomía privada de una de las partes, en casos concretos, y en contratos de prestación de servicios con un interés general, como en este caso, del transporte de carga, que sean contrarias a las reglas de sujeción del poder público, en la fijación de normas para el ejercicio de la libertad de empresa.

La reserva de ley, en nuestro derecho objeto de estudio, tiene un claro fundamento constitucional. La Constitución española, estipula en varias disposiciones esa reserva de regulación al poder legislativo, por ejemplo: el art. 51.3 CE, que fija la reserva específica de Ley en relación al *comercio interior*, y el *régimen de autorización de los productos comerciales*; el art. 128.2 CE, condiciona a dicha reserva, en el caso de *servicios esenciales*, y la *intervención de empresas*, mediante la aprobación de una Ley, y en el mismo sentido, el art. 131.1 CE, en relación a la *planificación de la economía*, siempre mediante ley.

La STC 83/1984, señala porqué se tiene que reservar al legislador la regulación de la iniciativa privada, determinando que "Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de (...) Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la *regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus*

---

<sup>830</sup> Voto particular del Magistrado Díez-Picazo al que se adhieren los Magistrados Díez de Velasco Vallejo y Fernández Viagas.



*representantes*, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador"<sup>831</sup>.

Teniendo muy presente que el marco de intervención estatal de la economía, se debe interpretar que al ser los poderes públicos, aquellos en los que la soberanía del pueblo ha depositado plena confianza, y sobre todo, la facultad de regular los ámbitos que atañen al *interés general*, podemos entonces, afirmar que los límites impuestos a la iniciativa económica privada sólo pueden desarrollarse a través de un órgano propio de un Estado democrático<sup>832</sup>.

Esta tarea, de ampliar el desarrollo de la libertad de empresa mediante la reserva de ley, en palabras de García Vitoria, "desde la amplitud de perspectiva del órgano que en un Estado democrático tiene la responsabilidad de la entera situación económica"<sup>833</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>831</sup> STC 83/1984, F.J. 3 y 4, de fecha 24 de julio de 1984, que asimismo señala: "Nada hay, por tanto, en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables".

<sup>832</sup> A propósito de esta afirmación, se sostiene que "... (la) legitimidad material de la limitación de derechos fundamentales exige, pues, una ponderación de bienes e intereses (*Güterund Interessenabwägung*) en la que en todo caso se deberá tener en cuenta la alta significación de los derechos fundamentales en un *Estado democrático de Derecho*. Por ello la justificación de una limitación de derechos fundamentales en base al juicio de proporcionalidad tenderá a exigir un mayor contenido argumental cuando el bien jurídico o valor salvaguardado carezca, por su parte, de rango constitucional". M. Bacigalupo Saggese, *La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 13, N° 38, 1993, p. 301.

<sup>833</sup> Cfr. I. García Vitoria, "La libertad de empresa...", ob. cit., p. 213.

Actualmente, dicha perspectiva, supone un problema: que la regulación, o el desarrollo de las actividades económicas a través de la reserva de ley, responde a intereses del poder político<sup>834</sup> y los intereses económicos, que no buscan la igualdad de decisiones en el ámbito de los intereses generales.

Así, encontramos que la reserva de ley, da una facultad al legislador: entregar la responsabilidad de reglamentación en ciertas materias a la Administración, a la potestad reglamentaria. Así, encontramos en la STC 227/1993, que se descarta la inconstitucionalidad de una norma, por violación a la reserva de ley, en relación a la habilitación reconocida a la Administración autonómica "para reglamentar, los requisitos de los distintos tipos genéricos de establecimientos comerciales", ya que dicha reserva, según el Tribunal Constitucional, no puede entenderse como una reserva legal absoluta, por tratarse de una atribución que trataba de "cohonestar" el interés general y los intereses particulares, cuyos criterios aseguran la legalidad de las limitaciones o exigencias supuestas para el derecho<sup>835</sup>. De tal forma que no se

---

<sup>834</sup> A propósito de la noción de poder político, en la STC 6/1981, de fecha 16 de marzo, el Tribunal Constitucional español, ha declarado que "En el Estado Social y Democrático de Derecho, (la información) no es sólo un mero límite al ejercicio del poder político que asegure intereses individuales, sino que también, expresa un conjunto de valores objetivos que afectan al conjunto de la sociedad y que exigen una actuación positiva de los poderes públicos para su aseguramiento efectivo".

<sup>835</sup> La STC 227/1993, F.J.3, de fecha 9 de julio, a propósito de esta sentencia, que veremos más detalladamente en el próximo apartado, queremos recalcar lo declarado por el Tribunal, en tal sentido: "se dispone que para la apertura de un establecimiento comercial será indispensable obtener una licencia previa del Ayuntamiento correspondiente, cuyo otorgamiento dependerá del cumplimiento de una serie de condiciones reglamentariamente establecidas. Mas no basta con dicha licencia municipal, sino que es preceptivo, tanto para la apertura como para la ampliación, el informe favorable de una Comisión Territorial de Equipamientos Comerciales cuando se trate de establecimientos que reúnan ciertas características -determinada superficie edificada total o superficie neta de venta en relación con el número de habitantes de la población, mercados al por mayor...- y que se pueden llamar establecimientos comerciales de grandes dimensiones. Esta es la verdadera innovación normativa que la Ley catalana introduce. El art. 11 prevé los criterios que presidirán el informe motivado de dicha Comisión: la localización del establecimiento proyectado, las previsiones de ocupación del suelo, las condiciones de accesibilidad, "las cargas específicas para la colectividad", los efectos sobre el nivel de ocupación, la aportación a la mejora del comercio en la zona y los criterios de los denominados "Programas de Orientación para el Equipamiento Comercial", unos programas que elaboran los

transgrede la reserva del art. 53.1 CE, con la disposición de la Ley Catalana en la que se autoriza a que por vía reglamentaria se estipulen ciertos aspectos para garantizar el correcto ejercicio de la actividad comercial.

No obstante, los requisitos para establecer la regulación de la actividad económica por vía de la reglamentación, es completar la normativa legal, mientras no hicieren más que desarrollar los criterios establecidos por la ley<sup>836</sup>. Lo anterior, se ve aunado, por el principio de conveniencia, en el sentido que es casi imposible para el legislador, prever con anticipación las múltiples y dinámicas manifestaciones de la actividad comercial respecto de las cuales ha de concretarse.

#### **5.4. OTROS LÍMITES LEGALES A LA LIBERTAD DE EMPRESA**

Una vez analizada la cuestión de la ley como la fuente legítima de la regulación y limitación de la libertad de empresa, es necesario continuar nuestro estudio con un

---

propios Ayuntamientos atendiendo a las necesidades de consumo y compra de los consumidores, según los arts. 14 y 16 de la Ley".

<sup>836</sup> Esta afirmación deriva de la STC 284/1993, F.J. 4 A), de fecha 30 de septiembre, que señala: "...es cierto que, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el común denominador normativo que las normas básicas encierran, dirigido a asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales, no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad. Ahora bien, en el presente caso la norma estatal ha establecido, con carácter principal, la libertad de las empresas para la fijación de los horarios de sus establecimientos. Y en la medida en que su contenido es un régimen de libertad de actividades, es obvio que dicho precepto no requiere ulteriores desarrollos legislativos, al igual que tampoco precisa de intervenciones administrativas. El establecimiento de un régimen de libertad de horarios comerciales entraña, necesariamente, una desregulación legal en esta materia, pues el legislador deja a la libre voluntad de las empresas la elección de los días y horas de apertura de los establecimientos. De otra parte, la doctrina de este Tribunal sobre el límite de la legislación estatal básica no puede proyectarse sobre un aspecto parcial de la competencia autonómica. Esta posee un ámbito mucho más extenso, al comprender el "comercio interior", mientras que la norma del Estado sólo afecta a una materia o subsector específico dentro de ese ámbito, el relativo al régimen de horarios comerciales. Así, no cabe estimar producido un vaciamiento de aquella competencia, aunque se haya reducido en una concreta materia o subsector específicos por las razones relativas al carácter y contenido de la norma estatal que se acaban de indicar (fundamento jurídico 4 B)".

planteamiento característico de la forma de Estado español, cuya doctrina sostiene la idea que "un conflicto entre derechos fundamentales sólo puede solucionarse mediante el sacrificio parcial de alguno de ellos, ésta solución podrá surgir de una Ley, en virtud de los arts. 53.1 y 81.1 CE<sup>837</sup>, que establecen que las reglas para solventar conflictos entre derechos fundamentales sólo pueden ser establecidas por una Ley"<sup>838</sup>.

Así, tenemos a los Estatutos de Autonomía que dotan a todas las Comunidades Autónomas de atribuciones con consecuencias directas en la intervención pública de la economía<sup>839</sup>, ya que se trata de normas competenciales, como aquellas señaladas por el art. 149.1 CE. Dichos Estatutos de Autonomía, distribuyen la capacidad de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>840</sup>.

En ese sentido, el Tribunal constitucional español se ha pronunciado en la STC 227/1993, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1987, de fecha 9 de marzo de 1987, sobre

---

<sup>837</sup> Al tenor literal de los mismos: Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a) y Artículo 81.1 CE Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

<sup>838</sup> Cfr. Jiménez Campo, J., *Derechos Fundamentales Concepto y Garantías*, Trotta, Madrid, S.A., 1999, pp. 66 y ss.

<sup>839</sup> Se trata pues, de la ordenación general de la economía como un título competencial del Estado reconocido por algunos Estatutos de Autonomía. Estatutos que habrían atribuido competencias a las respectivas Comunidades Autónomas en el marco de la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía. La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía tendría, así, un origen estatutario derivado del hecho de haber sido excluida expresamente como competencia autonómica en sus respectivos Estatutos y corresponder por tanto al Estado en virtud del artículo 149.3 CE.

<sup>840</sup> Este conjunto heterogéneo de normas no se encuentra exento de antinomias y potenciales contradicciones entre sus diversos elementos (entre la libertad de empresa y la planificación o las reservas al sector público, por citar el ejemplo más obvio y de mayor contraste). Por ello, este conjunto normativo debe articularse de modo que pueda proporcionar un parámetro coherente de valoración jurídico-constitucional de las actuaciones públicas en materia económica. Cfr. E. Alberti Rovira, "La Constitución económica de 1978..." ob. cit., p. 129.

Equipamientos Comerciales<sup>841</sup>. En dicha sentencia<sup>842</sup>, la norma autonómica juzgada, prevé como requisito una licencia municipal tanto para la instalación como para la ampliación de establecimientos comerciales de grandes dimensiones, y se resuelve que no es una medida que vulnera a la libertad de empresa, "pues constituye una razonable limitación externa al ejercicio de este derecho, derivada de las normas que fijan el marco dentro del cual se ejercen las actividades económicas, y que no configura un atentado contra la unidad del mercado o un obstáculo a las libertades de circulación y establecimiento"<sup>843</sup>.

En este orden de ideas, en la STC 29/1986 se ha sostenido el fundamento estatutario de la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, se ha afirmado que, los Estatutos de Autonomía no se limitan a respetar las competencias que la Constitución reserva al Estado en el artículo 149.1.13 sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, pues al atribuir competencias a las respectivas Comunidades lo hacen "de acuerdo con la ordenación

---

<sup>841</sup> STC 227/1993, F.J. 3, de fecha 9 de julio de 1993, la sentencia señala que "Esta regulación, en su conjunto, es similar a la existente en otros ordenamientos europeos, y trata de cohesitar, desde el interés general que la Ley expresa y pondera, los intereses particulares y sectoriales de los empresarios y comerciantes, de los consumidores, y de los habitantes de las poblaciones afectadas por la apertura del establecimiento comercial, desde una planificación conjunta presidida por criterios comerciales y de urbanismo. Y no puede decirse que traspase límite constitucional alguno a la competencia autonómica sobre ordenación del comercio y defensa de los consumidores (art. 12.1.5 del Estatuto), ni que vulnere el derecho fundamental a la libertad de empresa o la unidad del mercado nacional, ni que acabe por redundar en un inconstitucional obstáculo, por razones territoriales, a la libertad de establecimiento de las personas en todo el Estado".

<sup>842</sup> Asimismo, vale destacar el voto particular del Magistrado Gabaldón López, que expone una distinción entre límites que operan frente al derecho. De forma que al Reglamentación administrativa de la actividad comercial establecida en las normas acusadas era inconstitucional en tanto limitaba la libertad de empresa, sin competencia. No obstante, la norma que suprimía toda regulación de horarios y días no menoscaba la libertad de empresa, sino que de hecho "se refiere al orden externo de funcionamiento del establecimiento y no al régimen administrativo para el comerciante que los preceptos antes citados establecen".

<sup>843</sup> STC 227/1993, F.J. 5 de fecha 9 de julio. Efectivamente, la normativa impugnada protege otros derechos, como aquellos de los consumidores, y bienes constitucionales implicados directamente con la libertad de empresa, como el medio ambiente, la organización del urbanismo y el adecuado uso del territorio.

general de la economía”<sup>844</sup>, concepto más amplio que el recogido en el artículo 149.1.13 CE. En este artículo, se recoge un condicionamiento sustancial del margen de decisión de los órganos autonómicos, sobre "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. De forma que, la competencia preconstitucional del Estado de ordenación general de la economía constituiría, así, un límite a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

En este sentido, se ha dicho que, entre las potestades del autogobierno en España, se encuentra el desarrollo de una política propia en el ámbito de la economía, en virtud de la incidencia directa de la ordenación de la actividad económica sobre las condiciones de vida de las personas que habitan un determinado territorio. Así, las comunidades Autónomas pueden ser titulares de potestades legislativas plenas, ya sea de desarrollo normativo o bien de ejecución, ya que los títulos competenciales amparados por los Estatutos, recogen múltiples competencias, en distintas materias y atribuciones asumidas por dichas Comunidades<sup>845</sup>.

Entre lo dispuesto en el art. 149.1 CE y los Estatutos de Autonomía, no siempre son conciliables las normas competenciales, elevando de tal manera conflicto, como en el caso de la STC 96/1996 en donde se resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco y por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, los primeros, y por el Gobierno Vasco, el segundo, en relación con el Real Decreto 1.144/1988, de 30 de septiembre, sobre

---

<sup>844</sup> STC 29/1986, F.J. 5, de fecha 20 de febrero de 1986. Que resuelve: "de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general (...), corresponde a la Comunidad Autónoma Gallega, en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149, 1, 11 y 13, de la Constitución, la competencia exclusiva en las siguientes materias: El desarrollo y ejecución en Galicia de: a) Los planes establecidos por el Estado para la restructuración de sectores económicos. b) Programas genéricos para Galicia estimuladores de la ampliación de actividades productivas e implantación de nuevas Empresas. c) Programa de actuación referidos a comarcas deprimidas o en crisis".

<sup>845</sup> Algunas de éstas materias recogen un sector concreto de la economía, como en el caso de la agricultura y ganadería, comercio, energía, industria, transporte, turismo, artesanías, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, etc. Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa...*", ob. cit., p. 207.

creación de Bancos privados e instalación en España de Entidades de Crédito extranjeras, en este tipo de sentencias, el Tribunal busca conciliar las competencias con carácter exclusivo de las Comunidades Autónomas *sobre cajas de ahorro y cooperativas de crédito* con la competencia del Estado sobre *bases de la ordenación del crédito*<sup>846</sup>.

Hasta este momento, hemos podido observar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, acoge la teoría externa, en cuyas sentencias, se utiliza el *principio de proporcionalidad* como criterio para valorar la constitucionalidad de las intervenciones legales juzgadas, en los recursos de constitucionalidad promovidos, y la limitación derivada de la fricción con otros derechos, en el caso de amparos. De esta manera, el principio de proporcionalidad se convierte en un método empleado para defender otros bienes o derechos protegidos constitucionalmente, que determinan restricciones o limitaciones a la libertad de empresa.

En síntesis, la legislación autonómica contribuye a la configuración y ejercicio de la libertad de empresa, exigiendo autorizaciones administrativas para dar inicio a determinados proyectos, como las licencias comerciales, o bien, estableciendo deberes que condicionan el desarrollo de las actividades económicas, como el caso que ya veíamos, de los horarios comerciales.

---

<sup>846</sup> La STC 96/1996, F.J. 19 y 27, de fecha 30 de mayo de 1996, señala que "El art. 149.1.11 C.E. reserva al Estado como competencia exclusiva las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros. El contenido de esas bases alcanza "... tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios...", y en consecuencia, establece que " Estas normas no exceden de la competencia estatal. La norma relativa a los títulos representativos del capital social se encuentra justificada por la exclusiva competencia estatal sobre legislación mercantil, reservada por el art. 149.1.6 C.E. (STC 14/1986, fundamento jurídico 9º). Que las entidades de crédito deban hacer pública la participación de otras entidades financieras en su capital, y las que ellas poseen en otras entidades del sector, es una norma básica para obtener los fines de transparencia y eficiencia que inspiran la ordenación estatal del crédito (STC 96/1984, fundamento jurídico 6º). Y que la forma y los plazos en que las entidades deben suministrar esa información las determine el Gobierno no excede el ámbito de lo básico, dado que esas determinaciones son mero complemento de la norma básica, y deben adaptarse a factores coyunturales del sector (SSTC 135/1992, fundamento jurídico 3º, y 1/1982, fundamento jurídico 1º).

En todo caso, las competencias económicas que pueden ejercer las Comunidades Autónomas están sujetas a las condiciones derivadas de los arts. 38 y 53.1 CE, es decir, al contenido esencial y la reserva de ley, que como hemos visto, el Tribunal Constitucional español ha declarado la existencia de una, "una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial"<sup>847</sup>.

Para varios autores de la doctrina española, la interpretación en la jurisprudencia constitucional, no destaca diferencias esenciales entre el vínculo del legislador estatal y aquel autonómico, resultado de esta forma, un indistinto análisis en la valoración y control de constitucionalidad de los dos tipos de normas. No obstante, es necesario hacer notar que en el caso del control de las normas autonómicas, encontramos dos cuestiones de gran relevancia conectadas a la libertad de empresa: *la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la libertad de empresa*<sup>848</sup>, y *la libre circulación de mercancías y servicios*<sup>849</sup>, en el territorio español.

Sobre la primera cuestión, que estudiaremos con detenimiento más adelante, queremos sólo hacer notar que si bien existe una conexión entre la libertad de empresa y el principio de igualdad, derivada del interés general que persiguen los poderes públicos al ejercer la primera, también es imperativo señalar, "la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a

---

<sup>847</sup> STC 37/1981, F.J. 2, de fecha 16 de noviembre de 1981.

<sup>848</sup> Véase la STC 64/1990, F.J. 5, de fecha 5 de abril, en relación a la igualdad básica para el ejercicio de la libre circulación y la libertad de empresa. declarado que "Ha de ponderarse, por esta razón, la compatibilidad, en cada caso, de las ayudas regionales con las exigencias de libre circulación e igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica que la unidad de mercado demanda, comprobando a tal efecto, la existencia de una relación de causalidad entre el legítimo objetivo que se pretenda y la medida que para su consecución se provea, asegurándose de su adecuación y proporcionalidad y delimitando, en fin, las consecuencias perturbadoras que de su aplicación puedan seguirse para el mercado nacional, en cuanto "espacio económico unitario".

<sup>849</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa...*", ob. cit., pp. 208 y ss.



que pertenecen"<sup>850</sup>. En definitiva, es un derecho que debe ser ejercido y además protegido, en condiciones de igualdad.

Asimismo, se cuenta con aquellos preceptos que facultan al Ejecutivo, para ejercer un poder, de carácter excepcional u ocasional, de orden normativo, para constituir una Ley en sentido material. El art. 86.1 CE establece que los Decretos-Ley que pueda dictar el Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad "...no podrán afectar a los derechos..."<sup>851</sup>.

Ahora bien, para el caso de la libertad de empresa, la potestad reglamentaria, es sin duda un mecanismo de regulación que controla los parámetros de inicio y desarrollo de las actividades económicas; en tal sentido, el Tribunal Constitucional, una vez más, reconoce la noción de iniciativa económica ya sea pública o privada, dentro de un marco normativo integrado por preceptos de rango reglamentario, en la mayor parte de los casos, que se apoyan en cláusulas legales de carácter general<sup>852</sup>.

Y en ese orden de ideas, la misma STC 29/1986, plantea la cuestión del Decreto-ley, como una tendencia en la que su frecuente uso, lleva a la regulación de la actividad empresarial en el mercado, y es manifestación de un fenómeno más amplio de

---

<sup>850</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, "La libertad de empresa en la Constitución", en: *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, J. L. Iglesias Prada, (Coord.) Civitas, Madrid, 1996, pp. 443-446.

<sup>851</sup> Al tenor literal del artículo 86. 1. CE, "...En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general".

<sup>852</sup> Así se ha manifestado el citado tribunal en la STC 83/1984, F.J. 3, de fecha 24 de julio de 1984, que señala: "No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuantos tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los arts. 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley".

"fortalecimiento de la posición del Gobierno y la Administración a causa del Parlamento"<sup>853</sup>, el Tribunal Constitucional manifiesta: "... no es posible considerar arbitraria o abusiva la utilización del Decreto-ley como respuesta rápida y necesaria ante la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial"<sup>854</sup>.

En definitiva, la intervención del Gobiernos en la regulación de las actividades propias del mercado, se suele justificar a través del principio de eficacia en la actuación de la Administración, que señala el art. 103.1 CE<sup>855</sup>, es decir, en la medida en que su uso esté justificado por la búsqueda del interés general, mediante mecanismos de responsabilidad en los que se basa la representación política. En el caso de la potestad reglamentaria, se sostiene que su celeridad, urgencia, el carácter coyuntural o el contenido técnico de las normas reclaman una intensa colaboración por parte del Reglamento<sup>856</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>853</sup> Cfr. L. Arroyo Jiménez, *Libre Empresa y Títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 507 y ss.

<sup>854</sup> STC 29/1986, F.J. 2, de fecha 20 de febrero de 1986 que, en ese sentido, declara: "El Tribunal Constitucional puede controlar jurídicamente la concurrencia de aquél presupuesto y, por tanto, en *supuestos de uso abusivo o arbitrario*, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia".

<sup>855</sup> La Constitución española establece con el Artículo 103. 1. "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

<sup>856</sup> En ese sentido, la STC 29/1986, manifiesta: "Desde luego, dada la excepcionalidad con que nuestra Constitución regula la figura del Decreto-ley, sólo cuando concurra una causa suficiente de necesidad, adjetivada por las circunstancias de extraordinaria urgencia, puede el Gobierno utilizar este instrumento normativo (art. 86.1), sometiendo la norma provisional así aprobada a la posterior convalidación del Congreso de los Diputados (art. 86.2)".

## 5.5. LÍMITES IMPUESTOS POR OTROS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES

Para Cidoncha, los límites impuestos por otros contenidos constitucionales, llamados por él como *bienes constitucionales relevantes*<sup>857</sup>, son aquellos emanados de las normas constitucionales finalistas o directrices derivadas del Estado Social, que asignan objetivos económicos y sociales a los poderes públicos.

Por su parte, en la jurisprudencia constitucional se recoge una heterogeneidad de valores o bienes constitucionales que habilitan para la limitación de los derechos constitucionales; respecto a los primeros, los valores susceptibles de justificar una limitación de los derechos fundamentales, el Tribunal ha declarado que "ha de tratarse de valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución", en cuanto a los segundos, la jurisprudencia constitucional ha sido menos rigurosa<sup>858</sup>. A continuación desarrollaremos algunos de estos contenidos constitucionales específicos<sup>859</sup>.

---

<sup>857</sup> Cfr. A. Cidoncha, "La Libertad de..." ob. cit., 360 y ss.

<sup>858</sup> Así se ha manifestado en la STC 22/1984, de fecha 17 de febrero, y en cuanto a la noción de bienes constitucionales, la jurisprudencia ha sido menos rigurosa (probablemente, por la propia *vaporosidad* de la idea de bienes constitucionales) y muy distintos conceptos han servido a tal finalidad; así, entre otros, una política de pleno empleo, que consagra el artículo 40.1 CE, en la sentencia 22/1981, de fecha 2 de julio; la igual contribución en el sostenimiento de los gastos públicos, que consagra el artículo 31.1 CE, en la sentencia 110/1984, de fecha 26 de noviembre; el aseguramiento de la seguridad ciudadana, en la sentencia 36/1982, de fecha 16 de junio; entre otras. Véase también Cfr. L. Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos..." ob. cit., pp. 27 y ss.

<sup>859</sup> En la estructura Estado social-Democrático-de Derecho, Carlos de Cabo señala que, en cuanto estructura, el Estado implica que sus elementos están interrelacionados, con la peculiaridad de que esta interrelación aunque naturalmente implica una complejidad de interinfluencias, no es, estrictamente, equilibrada, ya que uno de sus elementos, el Estado social en cuanto procede de componentes más profundos (por ejemplo de la compleja dicotomía Capital-Trabajo) es un condicionante (y respecto de ciertos contenidos constitucionales mínimos hasta determinante) de los otros dos. Cfr. C. De Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º. 19, 2007, p. 204.

### 5.5.1 UNIDAD DE MERCADO

Se dice en términos generales, que el concepto de unidad de mercado se encuentra referido, al momento en el que mercado se encuentra unificado y obedece en lo esencial a las mismas regulaciones jurídicas, así como también a todo lo relacionado en cuestiones como impuestos o capital, entre otras. En el marco de nuestro objeto de estudio, la unidad de mercado representa un *elemento esencial* de la economía de mercado que estudiamos anteriormente.

Para Rubio Llorente por unidad de mercado se debe entender el ámbito territorial dentro del cual el intercambio se efectúa con sujeción a las mismas reglas y sin traba alguna a la libertad de desplazamiento de personas, capitales, mercancías o servicios<sup>860</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha expresado que “la unidad de mercado supone, por lo menos la libertad de circulación sin trabas, por todo el territorio nacional<sup>861</sup> de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividades económicas”<sup>862</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>860</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, “*La libertad de empresa en la Constitución*”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. Por J. L. Iglesias Prada, Civitas, Madrid, 1996.

<sup>861</sup> Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, en relación a la Defensa de Competencia, establece que “no sólo la formación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban analizarse en el territorio de cualquiera de las comunidades autónomas”. Véase también: A. Petitbó Juan, *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en: *Economía Industrial*, N° 349-350, Madrid, 2003, pp. 132 y ss.

<sup>862</sup> STC 88/1986, F.J.6, de fecha 1 de julio, en la que, entre otras cosas, el Tribunal considera el “(...) principio de unidad de mercado, que se deriva, tanto de los arts. 2, 9.2, 14, 137, 139 y 149.1 de la C.E., como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpretativa de los mismos (...)”

Podemos exponer dos rasgos característicos de la unidad de mercado o mercado único: en primer lugar, que se trata de un espacio donde se encuentran garantizadas la libre circulación de personas y bienes, y en segundo lugar, que es un espacio donde las condiciones de ejercicio de la actividad económica, al menos las condiciones básicas o esenciales como ha matizado el Tribunal Constitucional, son iguales<sup>863</sup>.

En síntesis, estamos hablando del componente básico del sistema económico en España, aunque su Constitución no lo señale de forma expresa. Esta idea surge del análisis de varias disposiciones constitucionales analizadas en conjunto, así resulta que: del art. 2 CE, distinguimos dos elementos de esta unidad, con el principio de la indisoluble *unidad de la Nación española*, y el derecho a la *autonomía de las nacionalidades y regiones* que la integran; el art. 14 CE, en cambio, señala el principio esencial de la *igualdad*, luego, el art. 139.1 CE, que señala el principio de la *organización territorial del Estado*, que establece la *igualdad de derechos y obligaciones* de todos los españoles en todo el territorio nacional; así como el art. 139.2 CE, que establece la libre circulación de personas y bienes, en el mismo; y, por último encontramos la disposición de la *competencia*, que asigna como exclusiva atribución del Estado, el señalamiento de condiciones básicas para el desarrollo de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, según el art. 149.1.1 CE. De tal manera que la unidad de mercado, se encuentra establecida en un marco constitucional que habilita facultades al Estado o a las Comunidades Autónomas, así, se encuentra en la Constitución, una serie de reglas que distribuyen poderes para llevar a cabo esta compleja unidad.

Por tanto, no sería erróneo afirmar que la unidad de mercado se encuentra garantizada por la Constitución en España, y que además, las políticas de defensa de la competencia la refuerzan<sup>864</sup>. De igual manera, la existencia de un mercado único está amparada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que su sentencia

---

<sup>863</sup> Cfr. T. de la Quadra-Salcedo Janini, *Mercado nacional único y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 8.

<sup>864</sup> Cfr. Ll. Franco i Sala, *La defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán*, en: *Ekonomiaz*, N° 61, primer cuatrimestre 2006, p. 231.

208/1999<sup>865</sup>, estima que la capacidad normativa y las actividades que determinan la configuración de la unidad de mercado deben atribuirse al Estado. Asimismo, a los órganos competentes de la Administración central del Estado les corresponden las actuaciones exclusivas con relación a aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o incluso, en el marco estatal.

Entendemos pues, que para el Tribunal Constitucional la idea de que: "...de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único"<sup>866</sup>. Este mercado único, el referido Tribunal lo define afirmando que "la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la unidad de mercado en la medida en que están presentes dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional que ninguna autoridad puede *obstaculizar* directa o indirectamente (art. 139.2 CE) y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1

---

<sup>865</sup> STC 208/1999, F.J.6, de fecha 11 de noviembre de 1999, que dispone literalmente que: "La necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 C.E.) (SSTC 96/1984, F.J.3 3º; 64/1990, fundamento jurídico 10 y 118/1996, F.J.7): sin "la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 C.E.) ... no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone" (STC 64/1990, fundamento jurídico 3º). Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex art. 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes".

<sup>866</sup> STC 64/1990 F.J.3, de fecha 5 de abril de 1990. Que al respecto, señala en el F.J. 1 que "El principio de unicidad del orden económico en todo el ámbito del Estado, declarado en las citadas SSTC 1/1982 y 96/1984 y que se manifiesta en las exigencias de libre circulación y establecimiento de personas y libre circulación de bienes en todo el territorio español, en razón de las cuales el art. 139.2 de la Constitución prohíbe a cualquier autoridad adoptar medidas que, directa o indirectamente, obstaculicen aquellas libertades esenciales para el mantenimiento del espacio nacional como unidad de mercado".

y 149.1 CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone.”<sup>867</sup>

Sobre ésta forma de "obstaculizar" o "limitar" cabe mencionar, que la expansión de las empresas, se encuentra condicionada a la dimensión territorial de los Estados, en el caso de las empresas públicas; sin embargo al hablar sobre las empresas privadas, existe una característica muy notable de la economía en el último período del siglo XX que continúa y se expande en el siglo XXI, que es el fortalecimiento de la mundialización o globalización<sup>868</sup>, y uno de los componentes esenciales de este fenómeno es que en los mercados globalizados actúan grandes corporaciones empresariales privadas, que desconocen las fronteras de los Estados y producen y comercializan sus bienes en los mercados de todo el mundo.

Asimismo, cabe señalar, dentro de la jurisprudencia constitucional, la STC 66/1991<sup>869</sup>, promovida por el Gobierno de la Nación contra el art. 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988, por la que se prohíbe la venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, la Sentencia, que no sólo se explica por la conexión entre la norma autonómica y el principio de unidad de mercado, sino que se fundamenta en la equiparación de la libertad de empresa con el resto de derechos fundamentales<sup>870</sup>. De manera que dicha sentencia expone las nociones esenciales para la descripción del concepto de unidad de mercado, y su relación con la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE.

---

<sup>867</sup> STC 96/2002 F.J.11.

<sup>868</sup> Cfr. J.A. Frieden, *Capitalismo Global. El trasfondo económico de la historia del siglo XX*, Memoria Crítica, Barcelona, 2007, pp. 55 y ss.

<sup>869</sup> La STC 66/1991, F.J. 2, de fecha 22 de marzo, establece, "(...)que la prohibición de comerciar con un determinado bien en una Comunidad Autónoma -en este supuesto, con el cangrejo de río vivo en Castilla y León- incide sobre su libre circulación en todo el territorio nacional, en la medida en que veda su acceso al mercado en una zona geográfica delimitada. Lo es también que ello no deja de repercutir, sobre la libertad de empresa: de modo particular, en lo que hace al giro o tráfico de las que, hasta el establecimiento de la prohibición, viniesen comerciando con bienes a los que ésta afecta".

<sup>870</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004, p. 220.

Como puede observarse, el Tribunal constitucional citado, hace referencia a los casos de conflicto derivado de las normas autonómicas, por presunta violación al principio de unidad de mercado. Así, por ejemplo, en la STC 95/2001 donde afirma que “según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la competencia estatal en materia de “ordenación general de la economía” (art. 149.1.13 CE) <sup>871</sup>... puede abarcar "tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector”. La jurisprudencia constitucional ha justificado la inclusión de la ordenación general de la economía en el artículo 149.1.13 CE en la necesidad de salvaguardar determinados principios constitucionales como son los de unidad de mercado o unidad de la política económica<sup>872</sup>.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su STC 225/1993 afirma que “en correspondencia con el presupuesto de un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único, esta competencia estatal (la del 149.1.13 CE) se extiende a un conjunto muy amplio de materias; justificándose la

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>871</sup> STC 95/2001, F.J. 2 y 3, de fecha 5 de abril de 2001, que declara: "Sin perjuicio de la ordenación general de la economía (arts. 148.1.7 CE y 22.7, actualmente 24. 9, del Estatuto), la intervención cuestionada se funda en el exclusivo título competencial que la Comunidad Autónoma de Cantabria tiene atribuido en materia de ganadería y se justifica en virtud del principio constitucional de igualdad y el mandato a los poderes públicos del art. 130 CE". Véase también: STC 21/1999, de 25 de febrero, F.J.5.

<sup>872</sup> La misma sentencia, 95/2001 declara que " Y ello a condición de que el referido título competencial no alcance a "incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1988 y 133/1997), pues, de no ser así, 'se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico' (STC 112/1995)" (STC 21/1999, FJ 5), sin que de la invocación del interés general que representa el Estado pueda resultar otra cosa por cuanto, según hemos dicho, el mismo se ha de materializar a través del orden competencial establecido, excluyéndose así la extensión de los ámbitos competenciales en atención a consideraciones meramente finalísticas (SSTC 75/1989, de 24 de abril, 13/1992, de 6 de febrero)".



intervención del Estado siempre que para la necesaria coherencia de la política económica general sea preciso adoptar decisiones unitarias”<sup>873</sup>.

De forma que, el Tribunal Constitucional ha procedido a reconstruir las competencias estatales en política económica a partir del principio de *unidad económica*, principio del que el Alto Tribunal habría derivado a su vez la necesidad de asegurar una dirección unitaria de la política económica<sup>874</sup>.

Incluso en ésta cuestión, cabe destacar la ya analizada e inagotable sentencia 37/1981, que plantea las normas autonómicas de contratación y transporte de carga de mercancías, cuyas regulaciones en conflicto, son acusadas en virtud al funcionamiento de la economía general, contradiciendo el art. 137 CE, que establece que las Comunidades Autónomas gozan de autonomía para la gestión de sus *respectivos intereses*.

---

<sup>873</sup> STC 225/1993, de fecha 8 de julio de 1993, que declara que "La competencia estatal en cuanto a la ordenación de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendientes a alcanzar los objetivos de política global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos".

<sup>874</sup> Lo que queremos afirmar en este sentido es que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendientes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores". STC 186/1988, FJ 2, de fecha 17 de octubre de 1988. "La vigencia del principio constitucional de unidad económica, proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2 CE y STC 1/1982, F.J. 1º), del que se deduce la exigencia de que el orden económico sea uno en todo el Estado, obliga a entender que, cuando para conseguir los objetivos de la política económica nacional sea precisa una acción unitaria en el conjunto del territorio estatal, en tal caso, el Estado pueda efectuar una planificación de detalle, siempre y cuando la coherencia de esas decisiones unitarias "no pueda" articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación. STC 177/1990, FJ 3.de fecha 15 de noviembre de 1990.

Asimismo, la Sentencia referida resuelve el debate sobre la limitación territorial de la eficacia de las normas y de las actividades económicas llevadas a cabo por el País Vasco<sup>875</sup>. En donde la unidad de mercado o unidad económica, no se encuentra en contraposición o incoherencia, por la pluralidad de autoridades públicas y de instancias de decisión, ya que está precisamente estructurada en correspondencia con límites de garantía que completan la identificación constitucional de unidad de mercado, ya que se abre al desarrollo de distintos ordenamientos y se integra con las contribuciones de cada uno, la Sentencia, manifiesta al respecto: *"Precisamente es esta posibilidad, siempre abierta, de que los actos válidamente realizados por los poderes públicos de las Comunidades Autónomas dentro de su propio territorio y respecto de relaciones jurídicas que en él se establecen puedan producir consecuencias fuera del territorio de la Comunidad, la que, junto con otras razones, somete la potestad normativa de las Comunidades Autónomas a determinadas limitaciones (señaladamente, necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional, e interdicción de cualquier medida que directa o indirectamente pueda obstaculizar la libertad de circulación de personas o bienes, o la libertad de establecimiento de aquéllas -art. 139 de la C. E.-)".*

En consecuencia, la sentencia es básica en cuanto a las ideas de límites de igualdad y libre circulación en el territorio español, que encuentra un equilibrio por el poder de transformación de ese mismo espacio otorgado en virtud de la autonomía de las Comunidades Autónomas. Y en cuanto a la *igualdad*, la misma sentencia, cuando confronta las obligaciones impuestas a los transportistas mediante las disposiciones

---

<sup>875</sup> Al tenor literal de la STC 37/1981: " Es bien cierto que la competencia de los órganos de la Comunidad Autónoma del País Vasco se entiende siempre referida, salvo disposición expresa en contrario (en este caso inexistente), al ámbito territorial del País Vasco, como declara el art. 20.6 de su Estatuto de Autonomía, pero esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación".

de la Ley Vasca impugnada<sup>876</sup>, el Tribunal constitucional niega la vulneración de dicha igualdad, manifestando que la noción de "igualdad no es negación de la diversidad", que "la igualdad sólo se predica respecto de las condiciones básicas o de las posiciones jurídicas iusfundamentales", y señalando que las disposiciones impugnadas *"no establecen discriminación, alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional, no se percibe violación del principio que prohíbe esta discriminación"*<sup>877</sup>.

Por otro lado, y como ya habíamos mencionado, sobre la circulación de personas y bienes, la STC 37/1981, declara que no se produce ninguna "obstaculización en la libre circulación de personas y bienes en el territorio español, (de conformidad) con el art. 139.2 CE.

En el mismo sentido, encontramos la STC 88/1986 que resuelve sobre una inconstitucionalidad promovida contra la Ley del Parlamento de Catalunya, al determinar ésta la regulación administrativa de ciertas estructuras comerciales y

---

<sup>876</sup> La propia Sentencia 37/1981, en el F.J 2 señala que tales disposiciones son, en primer lugar, la que se impone "a las Agencias de Transporte, se reduce en sustancia, (...) a la obligación de dar publicidad, a través de un determinado servicio público, a una parte de sus ofertas de contrato y a concertar éste con quien a través de ese servicio se le presente como aceptante de una o varias de esas ofertas, si no tuviera objeciones fundadas que oponer"; y asimismo, aquella que "se impone a los transportistas de poner a disposición del Centro u Oficinas la carga que ellos no puedan transportar por exceder de su capacidad de contratación, cuando no haya sido previamente puesta a disposición de las Agencias de Transporte".

<sup>877</sup> Estas negaciones a la vulneración de la igualdad, encuentran un análisis en la Sentencia, en cuanto expresa: " El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones"; y también cuando declara: " s cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1.ª de la Constitución), cuyas normas además son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas parecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3). En cuanto que la ley impugnada y, en concreto los artículos que ahora sometemos a examen, no afectan, como veíamos, a ninguna posición jurídica fundamental de los ciudadanos y no establecen discriminación alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional, no se percibe violación del principio que prohíbe esta discriminación".

ventas especiales, en la que el Tribunal, determina los criterios para poder determinar una verdadera congruencia entre la unidad de mercado y las normas autonómicas<sup>878</sup>.

La Sentencia establece que *"la compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica (1) se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, (2) resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, (3) que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles"*.

Estos tres criterios, desvirtúan la aparente "tendencia unificadora del principio de la unidad de mercado<sup>879</sup>" ya que su ejercicio, no impide que se desarrollen diversos regímenes jurídicos, que se sujetan a los criterios de competencia específica, al principio de proporcionalidad de las normas, sus fines y las condiciones fijadas por el legislador del Estado<sup>880</sup>.

En esa misma línea de pensamientos, el Tribunal continúa resolviendo cuestiones de igualdad dentro de la diversidad de las normas autonómicas; así, tenemos la STC 52/1988, en la que se resuelve un recurso de constitucionalidad contra normas que regulaban los componentes de la producción de materiales de juego en Cataluña,

---

<sup>878</sup> STC 88/1986, F.J. 6, de fecha 1 de julio.

<sup>879</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", ob. cit., p. 222.

<sup>880</sup> En ese sentido, la misma STC 88/1986 añade: "El que la ordenación de determinadas ventas pueda tener en el territorio de Cataluña un régimen distinto al que pueda imperar en el resto del Estado no lleva necesariamente a admitir que se haya producido una *ruptura* de la unidad de mercado, como principio derivado de la Constitución, no el que ello suponga admitir la posibilidad de *tantos mercados como CCAA*. Y, en fin, el que en Cataluña los poderes públicos sometan a ciertas cautelas el régimen de determinadas ventas, como las que en esta Ley se adoptan, tampoco es suficiente para declarar por ello mismo la inconstitucionalidad de toda la Ley en cuanto inserta en el ámbito de la competencia estatal sobre la *legislación mercantil*."

preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 15/1984, señalando la Sentencia, que dichos preceptos deben operar "de acuerdo con los principios constitucionales, consagrados en los arts. 14, 139 y 149.1.1 CE", que como ya veíamos, representan un cuerpo legal que acoge la definición de unidad de mercado en la Constitución española. Asimismo, el Tribunal reconoce como "*evidente que dicha regulación autonómica puede afectar a las industrias dedicadas a la fabricación de tales materiales o instrumentos*"<sup>881</sup>.

En síntesis, se sostiene a partir de la jurisprudencia constitucional, que la unidad de mercado en España<sup>882</sup> representa una unidad de objetivos y finalidades, así como también la idea de pretender alcanzar fines sociales y económicos, utilizando medios como la libre circulación, que representen ciertos objetivos económicos generales<sup>883</sup>,

---

<sup>881</sup> Así pues, la STC 52/1988, F.J. 4, de fecha 24 de marzo, que manifiesta: que "...entre las condiciones básicas que permiten garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales -art. 149.1.1 de la C.E.- y, en concreto, en el ejercicio de la libertad de empresa -art. 38 de la C.E". (...) y continúa declarando que: "Es cierto también que entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la garantía de la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, pero la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el art. 149.1.1 de la C.E. y, en el caso, en el art. 12.1.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no impide, por extensiva que se pretenda esta interpretación, la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para regular las características que debe reunir un determinado producto o las de los materiales o el régimen de fabricación de aquellos artículos que han de ser utilizados en su territorio (cuando esa competencia autonómica proviene de un título competencial, cuyo ejercicio puede y debe comportar normalmente una diversidad de condiciones de fabricación y homologación del producto), ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación de la producción".

<sup>882</sup> La libertad de empresa tiene una notable vinculación histórica con el principio de unidad de mercado, que actualmente se concreta en la conexión entre los artículos 38 y 149.1.1

CE. La legislación de las Comunidades Autónomas en materia de comercio aparece condicionada, desde una perspectiva constitucional, por la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de la libertad de empresa. Cfr. I. García Vitoria, "*Libertad de empresa e integración europea: la Directiva...*", ob. cit., p. 11.

<sup>883</sup> En realidad, lo que se está produciendo en un mundo globalizado y universalizado como el actual, aunque no necesariamente tenga que seguir siendo siempre así, el Estado ya no es la unidad más eficiente para la consecución de objetivos económicos, fiscales, monetarios, sociales, culturales, educativos o incluso militares. El Estado está siendo superado, en cada

una de estas parcelas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas transnacionales, las fuerzas de mercado, todas ellas." Cfr. R. Aguilera Portales, y D. R. Espino Tapia, Fundamento, *garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho* en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, p. 127.

como aquellos propios de la economía<sup>884</sup>: el crecimiento económico, reducción de precios, incremento de concurrencia, producción de bienes, etc.

De forma que la unidad de mercado se ajusta a las competencias, que es posible alcanzar mediante la diversidad, de la misma forma que mediante la igualdad<sup>885</sup>, que no es una cuestión de fácil análisis, sobre todo por la complejidad de las múltiples competencias articuladas que existen, incluidas aquellas impuestas por la Unión Europea<sup>886</sup>, que tienen incidencia en la unidad de mercado y en la libertad de empresa del art. 38 CE.

### 5.5.2. REGIMEN DE MONOPOLIO

La Constitución de España hace referencia al monopolio en su artículo 128. 2 CE, en cuanto reconoce “la iniciativa pública en la actividad económica, como se sabe, sólo mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de *monopolio*, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”<sup>887</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>884</sup> Sobre dichos objetivos económicos, se ha precisado que los objetivos económicos que deben orientar la intervención de los poderes públicos quedan igualmente condicionados y modulados de forma profunda por la Comunidad Europea, especialmente después de la entrada en vigor de la tercera y definitiva fase de la unión monetaria y de la efectiva puesta en marcha de la moneda única. E. Alberti Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*" ob. cit., pp. 131 y ss.

<sup>885</sup> Cfr. M. Correa Henao, "Libertad de Empresa en...", ob. cit., p. 239.

<sup>886</sup> A propósito, se ha señalado que "El eje entorno al cual ha girado la interpretación del Tratado de Ámsterdam como constitucionalización de una nueva reordenación de la relación mercado y política ha sido el nuevo artículo 16. En este precepto sé ha querido ver la traducción, en forma de principio, de la nueva definición de los fines de la Comunidad recogidos en art. 2 y del equilibrio entre objetivos económicos y sociales". Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., p. 104.

<sup>887</sup> El art. 128.2. CE, declara: Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Esta disposición hace referencia a la reserva de servicios públicos<sup>888</sup> en caso de monopolio. Dicho monopolio, no justifica por sí solo este tipo de intervención del Estado, porque debe reunir el requisito de que se trate de un servicio esencial. Se trata prácticamente de un instrumento de intervención directo del Estado como agente empresarial. Ya que el Estado puede perfectamente introducirse a las actividades económicas, independientemente si existen o no en el mercado, más opciones que produzcan bienes o servicios objeto de la empresa pública que se crea. No obstante, sólo podrá operar, cuando así lo exija el interés general<sup>889</sup>, y mientras sea conforme a la ley<sup>890</sup>.

Como se sabe, el aspecto básico de la libertad de empresa en materia societaria, es que los socios tengan plena autonomía para escoger el fin social, es decir que

---

<sup>888</sup> Por su parte, el Tribunal Constitucional español, ha declarado sobre ésta cuestión, en relación a una presunta violación de la reserva de ley consagrada para la intervención en la libre empresa, prevista en el art. 128.2 CE en conexión con los arts. 38 y 86.1 CE, declarando que cuando el Ejecutivo actúa en situaciones extraordinarias, como las medidas de actuación expropiatorias, "... vienen a configurar unos límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al establecer o adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Pero ni se ha operado aquí una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios, por cuanto se trata de actuación expropiatoria que recayendo, en definitiva, sobre empresas diversas, pasan a titularidad pública, con la previsión, además, de su posible reprivatización, actuando mientras tanto la Administración como empresaria, dentro del marco de la economía de mercado, ni la intervención de empresas, figura contemplada en el art. 128.2, y legitimada constitucionalmente cuando así lo exigiere el interés general". STC 111/1983, F.J. 10, de fecha 2 de diciembre de 1983.

<sup>889</sup> Esta característica expresada como interés general, pretende que la implementación del monopolio sea de carácter excepcional, porque precisamente es el interés general aquello que se pretende atender, y que se entiende que puede ser protegido a través de este tipo de intervención.

<sup>890</sup> En ese sentido y en relación a éste carácter de conformidad con la ley, de Cabo señala: que "la socialización del Mercado, someténdolo a una serie de intervenciones que tienden a crear espacios sociales en los que se elimine la Ley del valor (es decir, que no sea el mercado el que decida) con vistas, por tanto, a crear progresivamente espacios des-mercantilizados mediante diferentes vías: garantías (derechos) sociales, traspaso y gestión de recursos al ámbito público, creación de monopolios públicos en servicios básicos o intervenciones directas sobre el Mercado, bien a través de la iniciativa pública, bien suspendiendo o interrumpiendo la libre competencia, el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda a través de las posibilidades que abría la constitucionalización de la planificación como principio básico de la regulación económica y con una finalidad (también recogida constitucionalmente) no sólo funcional, sino valorativa (de distribución más justa de la renta y la riqueza en la Constitución Española)". Cfr. C. De Cabo Martín, *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º. 19, 2007, p. 202.

libremente puedan decidir el conjunto de operaciones y actividades que han de ser llevadas a cabo por la empresa. No obstante, dicha libertad, podrá ser limitada por contenidos constitucionales específicos, pues por medio de estas limitaciones, el ordenamiento jurídico puede restringir el ejercicio de una determinada actividad económica organizada como es el caso de los *monopolios estatales*, limitando, como es obvio, el libre acceso de los particulares a determinada actividad empresarial, en sustitución de los mismos, de forma que el monopolio, reconocido en el art. 128.2 CE, supera el esquema de subsidiariedad, de modo exclusivo<sup>891</sup>.

En términos generales, un *monopolio* es una situación de ventaja o privilegio legal o fallo de mercado en la cual, para una industrialización que posee un producto, un bien, un recurso o un servicio determinado y diferenciado, existe un productor (monopolista) oferente que posee un gran poder de mercado y es el único de la industria que lo posee. Ahora bien, en el caso del monopolio al que se refiere la Constitución española, el condicionamiento material es la satisfacción del *interés general*, como único justificante de la iniciativa económica privada mediante el monopolio, en el marco de la economía de mercado<sup>892</sup>.

---

<sup>891</sup> Para Bassols Coma, la iniciativa pública, en caso de "co-iniciativa económica", frente a aquella de los particulares, ha remplazado a la subsidiariedad, en cuanto a que ha desaparecido el procedimiento limitativo que formalmente debía acreditarse para la actuación de la empresa pública, sigue, "jugando como uno de los posibles criterios a tener en cuenta y ser objeto de ponderación en el momento de emprender una iniciativa económica pública". Cfr. M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 171.

<sup>892</sup> Esta justificación, ha sido planteada por el Tribunal constitucional en su STC 189/1991, F.J. 3, de fecha 3 de octubre, en el que el Tribunal se ha declarado frente a una inconstitucionalidad presentada en contra de una Ley, alegando monopolio: " Al respecto este Tribunal ha declarado en la STC 12/1982 que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador y, muy recientemente, que la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad determinados derechos fundamentales de la colectividad (STC 206/1990). Sin embargo, tales declaraciones constitucionales no implican necesariamente, ni pretenden significar, que las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público sirvan también para justificar dicha calificación cuando la actividad de difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable, pues no cabe excluir qué motivos técnicos o de otro tipo no bastarán para legitimar la declaración como servicio público de una televisión de esas características".



Se debe tener en cuenta que en dicho mercado no existen productos sustitutivos, es decir, no existe ningún otro bien por el cual se pueda remplazar y, por lo tanto, este producto es la única alternativa que tiene el consumidor para comprar. Suele definirse también como *mercado en el que sólo hay un vendedor*, pero dicha definición se correspondería más con el concepto de monopolio puro<sup>893</sup>.

Esta sería una forma de intervención radical porque, aunque si se interviene de conformidad con el sistema de la economía de mercado, su aplicación supone la *restricción absoluta* en el sector que ha sido intervenido, dejando a un lado la libertad de empresa como libre iniciativa económica. A éste respecto, se sostiene que la reserva se proyecta "no sobre la titularidad del derecho, sino sobre la legitimación para el ejercicio del derecho o de una situación jurídica subjetiva", de tal forma que la esencia sería "sustraer de la iniciativa empresarial la legitimización del ejercicio de una actividad por razones de interés público"<sup>894</sup>

Cabe mencionar, el caso de España, que históricamente ha sido testigo de la innovación tecnológica, así como la que se desarrolló a finales del siglo XIX y primeros años del siglo XX, en materia de infraestructuras, electricidad o comunicaciones, animó inmediatamente a los poderes públicos a controlarla y monopolizarla, gestionando la explotación empresarial de estos nuevos inventos directamente o a través de concesionarios<sup>895</sup>. De tal manera que los monopolios naturales entraron en crisis, por no poder justificarse con argumentos tecnológicos y al ofrecer blancos más fáciles para la crítica económica; por ello, se generalizará el argumento de que aquel tipo de monopolios no favorecía en nada la innovación

---

<sup>893</sup> El monopolio del mercado en términos de distribución del poder, en cuanto a rentabilidades y recursos. Cfr. I. Martín Aranaga, "Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia-Reino Unido-España". Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante, p. 24.

<sup>894</sup> Cfr. M. Bassols Coma, "Constitución y sistema...", ob. cit., pp. 177 y 178.

<sup>895</sup> Cfr. F. Comín y P. Martín Aceña *Rasgos históricos de las empresas en España. Un Panorama*, en: Revista de Economía aplicada, N° 12, (vol. iv), 1976, pp. 82 y ss.

tecnológica, también carecían de efectos de economía de escala, de manera que resultaba casi imposible la reducción de costes<sup>896</sup>.

La acumulación de críticas económicas<sup>897</sup> y evidencias tecnológicas debidas a la innovación, han concluido en la demostración de que los monopolios llamados naturales, establecidos en algunos sectores fundamentales para la economía, como los transportes, las telecomunicaciones o la energía, eran mercados que podía organizarse con una importante competencia y en los que podían intervenir no uno sino múltiples operadores<sup>898</sup>.

La liberación de estos mercados<sup>899</sup> y la privatización de empresas, su eventual fragmentación para aumentar el número de operadores que intervienen en cada mercado, no se había llevado a cabo hasta finales del siglo XX porque se habían mantenido reglamentaciones estatales favorecedoras del statu quo y de seguir atribuyendo al Estado los recursos que generaran tales situaciones privilegiadas. Las reformas de acometieron tan pronto como la tecnología y los análisis económicos complementarios relativos a la competitividad hicieron incontestable la conclusión de

---

<sup>896</sup> Cfr. E. San Román, *Nacimiento de la SEAT: autarquía e intervención del INI*, en: *Revista de Historia Industrial*, N° 7, año 1995, pp. 150 y ss.

<sup>897</sup> Ya se referían en tal sentido, a los monopolios en la Constitución del Estado de Maryland de 1776 que ya establecía en su artículo 29 manifestando: "los monopolios son detestables, contrarios al espíritu del gobierno libre y a los principios del comercio y que no tienen por qué ser soportados".

<sup>898</sup> En ese sentido se ha señalado que el daño causado por los monopolios tuvo especial trascendencia porque, además de sentar las bases doctrinales que explican el traslado de los beneficios de la libre competencia al conjunto de la sociedad, abordaba directamente el diseño de recomendaciones concretas para emprender procesos logrados de liberalización, en sectores tales como telecomunicaciones, suelo transporte. Cfr. A. Guerra Fernández, *La defensa de la competencia en España: evaluación del modelo actual ante el reto de la modernización en la Unión Europea*, en: *Ekonomiaz*, N° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 168 y 169.

<sup>899</sup> Para muchos autores, defensores de la competencia, esta liberalización ha sido fundamental para favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios, donde, tras unas reflexiones acerca de la importancia de la liberalización, los daños causados por los monopolios, las dificultades de las reformas estructurales y el establecimiento de criterios y recomendaciones para diseñar políticas de liberalización, se analizaron los sectores de las telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, monopolios locales, suelo urbano y el mercado de la instalación y el mantenimiento. Cfr. A. Petitbò Juan, *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en: *Economía Industrial*, N° 349-350, Madrid, 2003, p. 136.

que la apertura de aquellos mercados generaría inmediatamente dinámicas de mejora de los productos y de satisfacción de los consumidores.

Ahora bien, teniendo en cuenta éstas cuestiones generales, debemos destacar, a riesgo de ser repetitivos, que el principal requisito, para que se desarrolle un monopolio como aquel que señala el art. 128.2 CE, es decir, la potestad del poder público para intervenir "*especialmente*", estableciendo de esta forma un parámetro para que el legislador pueda precisar esta reserva en situación de monopolio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha declarado en su STC 189/1991, sobre la reducción de la iniciativa privada, en cuanto resolvía una cuestión de inconstitucionalidad promovida en contra de una norma que excluía de la noción de servicio público, a la televisión por cable, y en consecuencia, con habilitación para la autorización administrativa, declarando: "*En efecto, la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita. (...) la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador y, muy recientemente, que la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad determinados derechos fundamentales de la colectividad*"<sup>900</sup>.

---

<sup>900</sup> STC 189/1991, F.J. 3, de fecha 3 de octubre de 1991, que expone: "En efecto, la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita. Así se establece en la Ley 4/1980 del Estatuto de Radio y Televisión (art. 1.2) y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (art. 2.1). Por lo que se refiere concretamente a la televisión propagada por cable, la misma ha sido calificada por el legislador como servicio de difusión (art. 25.2 de la L.O.T.) y por ello como servicio público esencial de titularidad estatal (art. 2.1 de la L.O.T.). De dicho régimen legal, que no ha sido en modo alguno cuestionado por la Sala a quo, se desprende con toda claridad que lo que impide emitir a los tres titulares de videos comunitarios de Huelva que interpusieron el recurso contencioso-administrativo, que ha dado origen a esta cuestión de inconstitucionalidad, no es tanto o no es sólo que sus instalaciones utilicen dominio público, sino que estén desarrollando una actividad a la que también alcanza la calificación de servicio público, pero cuyos modos de gestión no han sido todavía regulados por el legislador". Véanse también: SSTC 206/1990 de fecha 17 de diciembre y 12/1982, de fecha 31 de marzo.

Por otra parte, en el ámbito del Derecho Comunitario europeo<sup>901</sup>, para Muñoz Machado éste ha mantenido una teórica neutralidad respecto de la existencia y extensión del sector público empresarial en cada Estado miembro<sup>902</sup>, sin embargo, en la práctica se observa que impide la extensión y fuerza la reducción, se estimula la competitividad global de las empresas privadas y se deja a los poderes públicos, sobre todo, la misión de crear un entorno favorable<sup>903</sup>. No obstante, tras el ingreso de España en la Unión europea, se sabe que la modalidad de monopolio ha sufrido importantes variaciones, al riesgo casi de su desaparición<sup>904</sup>.

### 5.5.3. INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA

En ese orden de ideas, en el que discutíamos una reserva constitucional del Estado sobre intervención en la economía, el mismo art. 128. 2 CE establece que “Se reconoce la *iniciativa pública* en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar

---

<sup>901</sup> A propósito, se ha dicho en reiteradas ocasiones en la doctrina, que: "si un Estado puede monopolizar una actividad y encargar la gestión de ese monopolio a una institución pública o a una empresa privada, resulta claro que no es contrario al Tratado de la Unión Europea la creación por los Estados de empresas con posición de dominio. Ahora bien, la prohibición de abuso de posición de dominio, se aplica tanto a estas empresas como al resto de ellas. El art. 86 prohíbe a los Estados adoptar medidas que hagan ineficaz la prohibición de abuso de posición dominante, infringe el Tratado un Estado cuando haya atribuido derechos monopolísticos o especiales a una organización económica estatal o privada si por el solo ejercicio de los derechos atribuidos, la empresa beneficiaria incurre en abuso de posición dominante o cuando la atribución de dichos derechos cree una situación en la que la empresa se vea compelida a cometer tales abusos. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38, en: Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 990.

<sup>902</sup> Sabido es que la creación de las Comunidades Europeas tuvo como objeto más inmediato constituir un mercado común y no tanto una organización política con universalidad de fines. J.M. Herreros López, *El contenido social de la carta de los derechos fundamentales en: Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, N° 7, 2004, p. 1.

<sup>903</sup> Cfr. S. Muñoz Machado, *Los límites constitucionales a la libertad de empresa*, en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo/coord. por L. Cosculluela Montaner*, 2003, Civitas, Madrid, p. 140.

<sup>904</sup> A propósito, debe señalarse el comienzo de la aceleración de la integración de los mercados, con la intensificación de las liberalizaciones de los mercados antes sometidos a monopolios públicos. Cfr. G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, *en: Revista de derecho constitucional europeo*, N° 8, 2007, p. 51.

al sector público recursos o servicios esenciales, (...) cuando así lo exigiere el interés general”.

La cuestión discutible sobre este artículo radica en el hecho de si debe entenderse de forma paralela con el art. 38 CE, o no; ya que el ejercicio de la libertad de empresa, según el artículo señalado, es compatible con las potestades de los poderes públicos en cuanto a crear empresas, en cualquier sector. No obstante, el hecho de que la Administración tenga como función propia la atención a los *intereses generales*, obliga a los poderes públicos para que las decisiones económicas tengan soporte constitucional, para que se justifiquen de alguna manera desde la perspectiva de los intereses públicos<sup>905</sup>. Y de ser así, esta forma de intervención directa en la economía, supondría un esquema de subsidiariedad<sup>906</sup>, así como también de la eficiencia en cuestiones que atañen al gasto, establecido en el art. 31.2 CE, según el cual, "el *gasto público* realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

Entonces, si el Estado puede ejercitar la iniciativa económica pública en términos de igualdad con la iniciativa privada, bajo el entendido que los poderes públicos serían titulares de los mismos derechos y libertades constitucionales de los que gozan los individuos. Tendría una doble consecuencia: por un lado, la actividad económica del Estado no es subsidiaria de la de los particulares, de manera que el Estado no necesita justificar su entrada en el desarrollo de actividades económicas en la

---

<sup>905</sup> Se trata de una de las *habilitaciones* expresas a la intervención pública en la economía y 128.2 -iniciativa pública económica, reserva al sector público e intervención de empresas- entre las otras normas que asignan fines y objetivos a los poderes públicos. Cfr. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º. 14, 1993, p. 47.

<sup>906</sup> Dicho esquema de subsidiariedad estaría encaminado al menos de modo exclusivo, para formularse como una opción económica de la que el Estado podría participar con independencia de que existan o no en el mercado los bienes o servicios objeto de la empresa pública que se crea. Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 189.

existencia de un fallo del mercado que provoca que los particulares no se encuentren en condiciones de atender las necesidades de los consumidores.

En este supuesto en el que una empresa pública pretende hacer valer el art. 38 CE frente a una restricción de su capacidad para actuar en el mercado, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en ese sentido, manifestando que "...La Constitución, al reconocer la libertad de empresa, se refiere, sin duda, a "*empresas privadas*, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro"<sup>907</sup>. (...) Y no cuesta admitir que sería incompatible con tal garantía constitucional la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial -movida por la búsqueda del beneficio- en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 128.2 C.E. o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión<sup>908</sup>.

---

<sup>907</sup> Véase también la STC 49/1988, F.J. 12, de fecha 22 de marzo de 1988, que manifiesta: "Como cuarto motivo de impugnación aducen los recurrentes la supuesta violación por la ley impugnada de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución. Parten para ello de la consideración de las Cajas como entidades privadas que actúan en el ámbito financiero, participando de los caracteres de la empresa, e invocan la pretendida naturaleza de fundación-empresa que, a su entender, tienen las Cajas. Y para lo que aquí importa, sostienen que el contenido esencial de la libertad de empresa comprende la autonomía organizativa. No es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la figura de la fundación-empresa aplicada a las Cajas, pero sí conviene advertir de nuevo que las Cajas son en la actualidad entidades de crédito y se dedican a una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general. Quiénes toman las decisiones relativas a esa actividad y cómo se toman, es decir, la organización de la entidad, no es cuestión que quepa aislar de la actividad misma. Ahora bien, en la atípica institución que es la Caja de Ahorro no es posible que las tomen los que asumen el riesgo de la gestión de la empresa, o sea sus propietarios, puesto que por su naturaleza carece de propietarios. Tampoco parece coherente que la adopten quienes no asumen ese riesgo. No resulta por ello contrario al precepto constitucional invocado que los poderes públicos, a quienes corresponde velar por el interés general, establezcan con mayor o menor precisión la composición de los órganos rectores de las Cajas. Conviene también recordar que dicho precepto se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado. Pero las Cajas no pueden tener aquella finalidad ni persiguen distribuir beneficios, sino que el excedente de sus rendimientos lo han de dedicar a obra social, con lo que de nuevo vuelve a aparecer el interés público en su gestión y su carácter atípico, pues se trataría, en todo caso, de entidades sin fin de lucro, lo que ciertamente no responde al concepto tradicional de empresa".

<sup>908</sup> En ese mismo sentido, la STC 18/2011, F.J. 2, de fecha 3 de marzo de 2011, el Tribunal resolvía la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el Parlamento de Canarias y el Gobierno de Canarias

El ejercicio de actividades empresariales por los poderes públicos ha de ejercerse siempre en el marco de la economía de mercado (a excepción de aquellas actividades que pueden establecerse legalmente para servicios que no pueden prestarse de acuerdo con las reglas del mercado). Por tanto, la iniciativa económica del Estado también se desenvuelve en el marco de la “economía de mercado”; y un componente esencial de dicho régimen de mercado es la igualdad de condiciones para todas las empresas, públicas o privadas, que compiten en él<sup>909</sup>.

Ahora bien, la iniciativa económica privada que señala el art. 38 CE y la pública del 128.2 CE, no coinciden en cuanto fundamentos constitucionales, en una el apoyo constitucional para desarrollar actividades propias del mercado, lo reciben los particulares y en la otra, la Administración, los primeros, fundan dicho ejercicio en dentro del Título dedicado a los derechos constitucionales, para los segundos, se trata de una habilitación para el desarrollo de diversas potestades públicas en los campos de la economía y la hacienda. De forma que, los primeros, gozan de un espacio de

---

en relación con diversos preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, y por el Presidente del Gobierno con respecto a diferentes preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, la cuestión central era resolver sobre las Competencias sobre ordenación de la economía y régimen energético: nulidad parcial e interpretación conforme de preceptos estatales y la nulidad de preceptos autonómico.

<sup>909</sup> La doctrina ha señalado que "de acuerdo con el orden constitucional, existen básicamente dos estatutos de la organización y la actividad del poder público administrativo con ámbitos en principio diferenciados: el acotado por el artículo 128.2 CE para el supuesto de iniciativa pública en la actividad económica (fundamentalmente en concurrencia con la actividad de los agentes económicos privados) y el señalado en el artículo 103.1 CE. Ello no significa que, no pueda existir y exista un núcleo último jurídico-público y que no quepa y deba darse el sometimiento al Derecho privado de determinadas actividades secundarias, auxiliares, accesorias, instrumentales o de apoyo (al igual, de otro lado, que en las Administraciones matrices o territoriales). Las entidades creadas en ejercicio de la facultad pública de iniciativa económica al Derecho privado (sin perjuicio de los controles presupuestarios, contables y financieros que por la presencia de capital público y las peculiaridades de contratación que por motivo de transparencia del sector público se les impongan), ni implica otra cosa -en el supuesto de los sujetos jurídico-administrativos- que una remisión instrumental por el Derecho administrativo a reglas sustantivas de otras ramas del Derecho para la más simple, eficaz y económica integración del ordenamiento aplicable a tales sujetos, ordenamiento que no por ello deja de ser el jurídico-administrativo propio de éstos (cual sucede desde siempre, por ejemplo, en el concreto ámbito de la contratación pública). Cfr. L. Parejo Alfonso, "*La construcción, extensión, alcance y límites...*", ob. cit., p. 10.

libertad dentro de su propia autonomía, mientras que la iniciativa pública en la actividad económica forma parte de las atribuciones del Estado<sup>910</sup>.

El Estado, sólo debe dedicarse a producir bienes y servicios para el mercado cuando exista un fin público que justifique dicha intervención<sup>911</sup>, y en ese sentido, existe una relación directa entre la iniciativa económica pública y el art. 103.1 CE, que establece que la Administración "sirve con objetividad los intereses generales", actuando "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Así, debe existir forzosamente, un vínculo entre la iniciativa pública económica y el interés público<sup>912</sup>.

En España, a través de la historia de la actividad comercial e industrial<sup>913</sup>, se sabe que la Administración ha sido fuertemente criticada como un "peligro de ruina"<sup>914</sup>, para la industria, la invención y la iniciativa económica individual, -el caso de las Reales Fábricas<sup>915</sup> - y al mismo tiempo, como un instrumento para poder salir de situaciones

---

<sup>910</sup> A través del reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la economía, el Estado se convierte en competidor de los particulares, y ello lleva a determinar si la injerencia estatal que adopta la forma de regulación, en cuanto a prohibiciones, imposición de obligaciones, limitaciones, etc. Constituyen restricciones a la libertad de empresa, como si la presencia del Estado como competidor de los particulares en una actividad económica constituye una injerencia legítima. Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 29.

<sup>911</sup> Cfr. A. Cidoncha, "*La Libertad de Empresa...*"; ob. cit., p. 243.

<sup>912</sup> Cfr. M. Bassols Coma, "*Constitución y sistema...*"; ob. cit., pp. 171 y ss.

<sup>913</sup> Claros ejemplos de esta iniciativa pública en empresas españolas serían, aquellas que nacen a la altura de 1948, cuando los efectos de la acción estatal -enormemente acentuada- se tornan más visibles. En la nómina de sociedades que operaban monopolísticamente gracias a la intervención pública había ingresado un nuevo miembro de enorme magnitud, RENFE. La componente nacional-pública se intensificaba en Telefónica, nacionalizada en 1944. Estos dos gigantes estaban flanqueados por nuevas empresas alumbradas por el INI (Instituto Nacional de Industria). Dos de entre ellas ya tenían una dimensión respetable en 1948, a poco de fundarse: E.N. Bazán y E.N. Calvo Sotelo (ENCASO). X.T. Albert Carreras, *La gran empresa en España (1917-1974). Una primera aproximación*, en: *Revista de historia industrial*, N° 3, 1993, p. 135.

<sup>914</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa: ¿Un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 135.

<sup>915</sup> A propósito de esta cuestión, se sostiene que la Monarquía, a instancias de sus ministros, intentó comenzar a rehabilitar el comercio y a fomentar la gran industria por medio de la creación de compañías comerciales y de fábricas reales, invirtiendo importante capital y gozando de la protección de la Corona. Cfr. J.I. Gómez Zorraquino, *El fracaso de las compañías y fábricas privilegiadas en Aragón*,



de grave crisis económica<sup>916</sup>. De forma que, el problema que se plantea, y que no resuelve el texto constitucional es el relativo al momento justo en que debe plantearse dicha necesidad a los poderes públicos de intervenir en la economía a través de la iniciativa pública en la misma, y es que en definitiva, es difícil que una "ley pueda establecer cuando debe crearse una empresa pública"<sup>917</sup>. No obstante, será siempre un requisito de forma, "mediante la ley" para la creación de empresas públicas.

Según Parejo Alfonso, la potestad organizadora de las Administraciones aparece constitucionalmente limitada en los siguientes términos: las entidades que se creen en el ámbito del artículo 128.2 CE pueden y deben tener, como regla, forma jurídico-privada y su actividad puede y debe quedar sujeta al Derecho privado (no así el acto mismo de su creación, que -en cuanto producido por una Administración- está por ello mismo sometido al Derecho administrativo); las restantes entidades, cuya creación sólo puede obedecer ya al mejor servicio del interés general en los términos del artículo 103.1 CE, pueden y deben adoptar forma jurídico-pública y regirse, en su actividad, por el Derecho Administrativo<sup>918</sup>.

Cuando el Estado compite con los particulares, cuando estos ejercen el derecho a la libertad de empresa, estamos frente a una injerencia del Estado en un derecho fundamental de los particulares. Pero sólo tomando en cuenta a la libertad de empresa como derecho absoluto puede pensarse que la iniciativa pública en la economía es una injerencia. No se trata de una "injerencia legítima" sino de la obligación que tiene el Estado de atender a los fines constitucionales. Recordemos

---

Historia Moderna y Contemporánea, N° 17, Ediciones Universidad de Salamanca, Zaragoza, 1997, pp. 215 y ss.

<sup>916</sup> Aunque, para la gran mayoría de autores, -a favor de un mercado de libre competencia- las fábricas reales causaban innumerables daños a la riqueza pública, porque mataban la industria libre, se mataban a sí mismos por los reglamentos, los privilegios exclusivos, entre otros. Cfr. M. Colmeiro, *Historia de la economía política española, v. I y II*, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1988, pp. 805-806.

<sup>917</sup> Cfr. G. Ariño Ortiz, "*Principios de Derecho Público...*" ob. cit., p. 76.

<sup>918</sup> *Ibíd.* p. 10.

que el empresario ha de gozar de "un mínimo, pero suficiente reducto infranqueable de economía, sin la cual no sería empresa privada sino pública"<sup>919</sup>.

A partir de estas ideas, surge otra cuestión, la legitimidad del Estado para reservar el mercado público a empresas públicas, excluyendo a los empresarios privados, con base legal, del ámbito de provisión de bienes o servicios que la Administración necesita. Lo anterior, quiere decir que el "auto suministro", de bienes y servicios por parte de la Administración no está excluido constitucionalmente. Esto es correcto, mientras la empresa pública no actúa en el mercado, es decir, se limita a ser el medio que utiliza la Administración para obtener un bien o un servicio<sup>920</sup>.

Finalmente, queremos insistir en que la creación de una empresa pública debe responder siempre al *interés general*<sup>921</sup>, en ese sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario precisar con rigor la actividad que éstas empresas deben desarrollar, para poder examinar si su creación contribuye al bien común, de forma que debe conocerse detalladamente el objeto social, para examinar si concurren o no las razones de utilidad pública, vinculando de esta manera, la iniciativa pública económica al interés general, y no como lo haría la empresa privada, que no puede dejar de responder a sus intereses particulares.

Así se expresó el Tribunal Constitucional al resolver la cuestión de "igualdad" o "conurrencia" del interés público y privado, en su STC 84/1993, que resuelve una

---

<sup>919</sup> Cfr. M. Aragón Reyes, *Libertades Económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 33

<sup>920</sup> Este comportamiento por parte de la Administración, tiene una justificación, y es que la misma "dispone desde siempre de unos medios productivos, que puede utilizar para adquirir sus suministros. Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real Un *Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.41.

<sup>921</sup> Sobre esta cuestión en el ámbito Comunitario, vale destacar que cuando se habla del principio de neutralidad de los Tratados en materia del régimen de propiedad y la compatibilidad entre la iniciativa pública y privada, así como la posibilidad de excepcionar la aplicación de las normas sobre la concurrencia (art. 86.2 Ámsterdam) permiten hablar de la introducción de mecanismos propios de la economía mixta, máxime si se pone en relación con la ampliación de la intervención comunitaria en los ámbitos social y del empleo y de las formas de intervención. Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., p. 100.

cuestión de inconstitucionalidad de preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1984, de 5 de marzo, de Regulación de las Ferias Comerciales, declarando: "En lo relativo a la supuesta conculcación del art. 14 C.E., se dice que de la concurrencia de iniciativas públicas y privadas de que habla el art. 128.2 no se deriva necesariamente una igualdad situable en el art. 14. (...), se observa que la igualdad es algo ya extraño a la exclusión de un beneficio económico de la organización de ferias, exclusión que, por lo demás, es común a toda entidad, pública o privada, que organice aquéllas"<sup>922</sup>.

#### 5.5.4. INTERVENCIÓN PÚBLICA DE EMPRESAS

La constitución española establece en el Título VII dedicado al apartado "Economía y Hacienda", algunas normas sobre la intervención pública en la economía, así tenemos: que después del art. 128.1 CE que afirma que "toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuera su titularidad está subordinada al interés general"; así también, que "reconoce la iniciativa pública en la actividad económica", como "*acordar la intervención de empresas* cuando así lo exigiere el interés general" en el art. 128. 2 CE, y planificar la actividad económica general según el art. 131.1 CE.

Hemos hecho ya un estudio sobre la reserva de servicios esenciales, ahora, hablamos de la *intervención pública* que puede experimentar una empresa<sup>923</sup>, que restringe o limita

---

<sup>922</sup> STC 84/1993, F.J. 6, de fecha 8 de marzo, el Tribunal establece que: "En suma, el art. 38 (no invocado en el recurso contencioso ni sugerido por la Sala al abrir el trámite de audiencia) no está en juego en el caso de las Ferias Comerciales. Si aquí no estamos ante lo que hay que entender rectamente por mercado (puesto que las ferias o exposiciones de muestras no son bienes, mercancías o efectos que estén en el mercado) no tiene sentido hablar de libertad de empresa. Desde esta perspectiva, no hay porque relacionar el art. 38 con el art. 128.2 de la misma Constitución. No estamos ante la concurrencia de iniciativa pública y privada (puesto que no cabe la concurrencia), ni es preciso, por ello, invocar la posibilidad de que mediante Ley puedan reservarse al sector público recursos o servicios esenciales. Previamente a todo ello, las Ferias Comerciales definidas y reguladas por la Ley catalana no constituyen una actividad económica, que es el presupuesto que permite aplicar este artículo".

<sup>923</sup>A propósito del principio de "organización libre", según las reglas del moderno liberalismo, por un grado indispensable de intervención pública y, naturalmente, contrapesado por la existencia de múltiples deberes y responsabilidades empresariales. pues "no puede concebirse la libertad sin la

de manera aguda la libertad de dirección del empresario<sup>924</sup>. Pero como ya vimos, esta habilitación está reconocida en la Constitución española, no obstante, siempre y cuando "así lo exigiere el interés general"<sup>925</sup>.

Como ya lo disponía el art. 38 CE, la libertad que es nuestro objeto de estudio, prevé su propia garantía y protección por parte de los poderes públicos, siempre que se opere "de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación", ésta última contemplada en el art. 131 CE<sup>926</sup>. De forma que parece más una facultad, no una obligación, por ello la aclaración del constituyente "en su caso", no obstante, sigue siendo el marco o contexto de desarrollo y ejercicio de la libertad de empresa.

De esta manera, el legislador tiene en sus manos, la potestad de establecer los medios o los instrumentos de intervención, ya sea por el Estado central, es decir, el Gobierno, o bien, las Cortes Generales, que pueden llevarse a cabo para orientar la economía general hacia determinados objetivos constitucionales, aunque en el caso

---

responsabilidad". Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 126.

<sup>924</sup> En este sentido debe tenerse en cuenta el *poder de dirección del empresario*, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva. Atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral. Cfr. M.L. Segoviano Astaburuaga, *El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores*, en: Revista jurídica de Castilla y León, N.º. 2, 2004, pp. 158 y ss.

<sup>925</sup> Esta limitación, en la igualdad, la proporcionalidad, el respeto a la *autonomía* de dirección del empresario, son límites que el legislador indudablemente ha de observar. Pero, al mismo tiempo, no puede negarse al *legislador* la posibilidad de modular la libertad de empresa, de configurarla al servicio de los fines previstos en la Constitución, de las "exigencias de la economía general y de la planificación". Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental...* ", ob. cit., pp. 173 y 174.

<sup>926</sup> El art. 131. CE, establece: " 1. El Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por Ley".

de la planificación, se ha buscado y optado por una unidad de mercado, y no se ha previsto, para las Comunidades Autónomas<sup>927</sup>.

Por otra parte, el *interés* se centra en los supuestos legalmente previstos de intervención judicial<sup>928</sup>. Se dice que la intervención judicial de una empresa es causada por la existencia de una crisis económica, un ejemplo claro sería en el caso de *la declaración de concurso*, que tiene como efecto la intervención de los administradores judiciales en la gestión del patrimonio del deudor, en donde el Juez delimita el alcance de las facultades de los administradores, a quienes puede encomendar la gestión patrimonial en sustitución del deudor o simplemente la tarea de autorizar ciertos actos de disposición que lleve a cabo el titular.

En ese sentido, se ha expresado por el Tribunal constitucional español, en su STC 13/1991, en la que se plantea si la inadmisión de un recurso por incumplimiento de un requisito procesal ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes<sup>929</sup>. En la cual, "... la parte actora y (...) solicitante de amparo era la *Intervención judicial de una empresa*, incurso en suspensión de pagos, que recurrió en

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>927</sup> Cfr. F. Garrido Falla y otros, *El Modelo Económico en la Constitución Española, (Tomos I y II)* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 441 y ss.

<sup>928</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa: ¿Un terrible ...*", ob. cit., p. 203?

<sup>929</sup> La STC 13/1991, F.J. 2, de fecha 28 de enero de 1991, en la que se establece que "la demanda de amparo se funda en la consideración de que no debe la Intervención judicial de una empresa en suspensión de pagos recibir igual trato que el empresario. La finalidad de la consignación tiene sólo pleno sentido, se dice, en relación con el empresario, para evitar que éste pretenda, mediante recursos dilatorios, demorar el cumplimiento de resoluciones judiciales adversas en perjuicio de los intereses de sus acreedores. Por el contrario, la Intervención se instituye como medio de garantizar, bajo control judicial, los intereses del conjunto de los acreedores de la empresa suspensa, por lo que resulta contradictorio exigirle la consignación del importe de la condena. A lo que es preciso añadir, además, que la Intervención no tiene poder de disposición sobre los bienes de la empresa, lo que le hace depender para la interposición del recurso de la voluntad de la dirección de la propia empresa o, eventualmente, de alguno de los acreedores a título particular. De esta manera, afirman los actores, al denegárseles la posibilidad de interponer el recurso de casación sin efectuar tal consignación se les ha privado de dicho recurso, vulnerando así su derecho a una tutela judicial efectiva".

casación contra la Sentencia de Magistratura de Trabajo que condenó a la empresa a abonar una cuantiosa indemnización por despido a un ex directivo de la misma"<sup>930</sup>.

En otras ocasiones, el régimen de la intervención de empresas es diferente, cuando ésta afecta a servicios públicos o a actividades especialmente reguladas, como en el caso de la banca o los seguros, en donde se pretende garantizar la estabilidad del sistema financiero, y se anticipa la intervención a un momento previo a la existencia de una situación de insolvencia. Encontramos más ejemplos de normas con contenidos constitucionales que en términos generales condicionan la iniciativa privada<sup>931</sup>, en el Capítulo III del Título I de la Constitución española, que asignan a los poderes públicos objetivos de política económica, como en el progreso social y económico<sup>932</sup>, distribución de la renta regional y personal más equitativa, estabilidad económica<sup>933</sup>.

---

<sup>930</sup> El requisito procesal cuyo incumplimiento determinó en definitiva la caducidad del citado recurso de casación era la consignación del importe de la condena requerida por el art. 170 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral. El Tribunal, resuelve, manifestando que " Pero dicha decisión pertenece de lleno al plano de la legalidad ordinaria, ya que al mismo corresponden las cuestiones relativas a la naturaleza de la Intervención judicial, los intereses a los que sirve ésta y si, en congruencia con todo ello, es o no pertinente exigirle la citada consignación. Nada hay en tales cuestiones que posea relevancia constitucional y los actores sólo pueden pretender que sobre ellas se les dé por parte de los Tribunales ordinarios una respuesta motivada y no arbitraria, como de hecho recibieron en el muy fundado Auto de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1988, cuyas razones, más que sobradas, no es pertinente revisar ni examinar en esta sede".

<sup>931</sup> Se defiende la idea de que históricamente, el liberalismo no pretendió la abstención económica del Estado en abstracto, sino sólo de aquellas intervenciones que supusieran inmiscuirse en las relaciones económicas y sociales creadas por el mercado, pues tal intervención supondría una limitación a la propiedad y a la libertad económica de los particulares. E. Alberti Rovira, "*La cláusula de libre circulación y la garantía de la ..*", ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>932</sup> No obstante, se sostiene que "...no parece forzado, como ha hecho la doctrina, vincular a la idea de intervención pública y gobierno político de la economía, la noción de servicio público, que constituiría un instrumento privilegiado de intervención cuyo objetivo sería el de condicionar el mercado". G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., p. 107.

<sup>933</sup> Otros ejemplos de estas normas serían el pleno empleo (art. 40.1 CE) y de las relativas a la protección de grupos sociales, como la familia (art. 39 CE); trabajadores (art. 40.2 CE); emigrantes (art. 42 CE); juventud, (art. 48 CE); minusválidos (art. 49 CE); tercera edad, (art. 50 CE) y consumidores, (art. 51 CE). Asimismo, existen normas relativas a la protección de bienes que se estiman constitucionalmente relevantes, como la seguridad social, (art. 41 CE); salud (art. 43 CE); cultura (art. 44 CE); medio ambiente (art. 45 CE), patrimonio histórico cultural y artístico (art. 46 CE)

Existen otras modalidades de intervención, cuya configuración constitucional, y su respectivo desarrollo legal, tienen criterios de afectación del sistema económico, suponiendo actuaciones públicas concretas o no sobre el mercado<sup>934</sup>. En este sentido, sobresalen las normas que estipulan la ordenación del sistema monetario, el sistema tributario, el sistema presupuestario, las competencias relacionadas a las políticas económicas de comercio exterior y de comercio interior<sup>935</sup>, las políticas de empleo, el desarrollo legislativo mercantil, y lo relativo a la contratación privada y la autonomía de la voluntad, y sectores de actividades financieras.

En cuanto al sistema monetario, en España y en virtud al art. 93 CE, las competencias relacionadas a dicho ámbito fueron trasladadas a la Comunidad Europea, concretamente al Banco Central Europeo<sup>936</sup>. Por otra parte, se tienen las intervenciones procedentes del sistema tributario, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 133 CE, basándose en el requisito formal de la reserva de ley, que

---

y vivienda (art. 47 CE). Que, en el próximo capítulo, como se verá, trataremos de profundizar algunas de ellas.

<sup>934</sup> Así pues, y como un ejemplo, de estas actuaciones se ha dicho que para fundamentar la libertad de mercado y para valorar la legitimidad de la intervención pública (del Estado, de las CC.AA. y de los entes locales) en el mismo no es preciso recurrir al artículo 139.2 CE. En él no se contiene una regla económica general por la que se garantice la libertad de ejercicio de las actividades económicas, sino, en todo caso, una garantía de otra especie, que presupone la previa existencia de la libertad de mercado —establecida por otras normas constitucionales según una determinada medida— y a partir de la cual debe construirse. La cláusula del artículo 139.2 CE no es, pues, ni una norma que fundamente la libertad de circulación y residencia de las personas ni una regla constitucional económica que establezca la libertad de mercado. Cfr. E. Alberti Rovira, "*La cláusula de libre circulación y la garantía de la...*", ob. cit., p. 56.

<sup>935</sup> También las otras formas y medios de intervención pública han sido afectados, especialmente por la política comunitaria de la competencia y por el régimen comunitario de las ayudas públicas. Las facultades de fomento de los poderes públicos internos, su capacidad de iniciativa económica y la posibilidad de establecer reservas a favor del sector público, medios todos ellos de intervención que habilita la Constitución, deben desenvolverse a partir del ingreso de España en la Comunidad Europea dentro de los límites estrictos del régimen comunitario de la competencia. E. Alberti Rovira, "*La Constitución económica de 1978...*" ob. cit., pp. 133 y ss.

<sup>936</sup> Sobre el impulso de la unidad monetaria, con el Tratado de Maastricht. Cfr. G. Pisarello Prados, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, en: *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 5, 2006, pp. 271 y ss.

puede ser expedida tantos por los parlamentos autonómicos, como por las Cortes Generales<sup>937</sup>.

Entre otras intervenciones de este tipo, se encuentra la contemplada en el art. 149.1.11 CE relativa a la competencia *exclusiva* del Estado de determinar las bases de la ordenación del crédito y la banca; y de la misma forma, el art. 40 CE, relacionado al principio rector de la política social y económica, para llevar a cabo políticas orientadas al pleno empleo, como una finalidad importante por alcanzar, en la que el principio de interés general, está más que puntualizado, como se verá en el próximo apartado.

## 5.6. ENFOQUES RESPECTO A LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional español se ha referido a los límites de los derechos en el sentido de que: “No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites”<sup>938</sup>. Dicha afirmación no es tan obvia como pareciera, el ejercicio de los derechos y su inviolabilidad parece incompatible con la afirmación de que a la vez son limitables<sup>939</sup>; sin embargo, se dice que dicha aseveración hace referencia fundamentalmente a los

---

<sup>937</sup> Al tenor literal del art. 133 CE, 1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley. 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las Leyes. 3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de Ley. 4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las Leyes.

<sup>938</sup> STC 2/1982, F.J.5, de fecha 29 de enero de 1982.

<sup>939</sup> Es ésta cuestión la principal causa del problema sobre si las libertades son o no limitables y hasta qué punto, para NAWIASKY *en su obra Grundgedanken*, se ha advertido, en efecto, que la constitucionalización de derechos fundamentales de general previo reconocimiento hace perder a esta gran parte de su inicial alcance, ya que quedan sujetos al destino de la Constitución y pasan a ser así modificables y limitables (incluso por el legislador ordinario. *cit.* por: A. Luciano Parejo, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, *en: Revista española de Derecho Constitucional*, Año N° 1, N° 3, 1981, p. 169.



derechos de libertad, aquellos que reconocen un *agere licere*<sup>940</sup>, y que por lo tanto requieren de cierta restricción para evitar que sus titulares abusen de su ejercicio. Se ha manifestado que los derechos y las libertades encuentran sus límites básicamente en los derechos de los demás y en las necesidades del bien común de la sociedad<sup>941</sup>.

Las anteriores afirmaciones las podemos encontrar incluso en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>942</sup>, cuyo artículo 4 establecía que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos.

Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley y en el artículo 5 de la misma Declaración, se establecía que “La ley no tiene derecho a prohibir sino las acciones perjudiciales para la Sociedad”<sup>943</sup>. Asimismo, y después de mucho tiempo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 19, que determinado derecho “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”<sup>944</sup>.

---

<sup>940</sup> Ciertamente, la consagración constitucional de un derecho no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de “*agere licere*”, para lo que bastaría con una remisión genérica al principio general de libertad del ser humano, que en el caso de la Constitución española se encuentra plasmados en los artículos 1.1 y 9.2 CE. Cfr. L. Aguiar de Luque, *Los límites de los derechos fundamentales*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 9, N° 14. Enero-abril 1993, p. 12

<sup>941</sup> A. M. García Cuadrado, *Sistema Constitucional de derechos y libertades*, Tomo I, Editorial Club Universitario, Alicante, 1999, p. 106.

<sup>942</sup> La Declaración de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

<sup>943</sup> Artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>944</sup> Artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 Asamblea General de las Naciones Unidas.

De tal manera que podemos entender los límites de un derecho cómo necesariamente presentes al momento de ejercerlos, mientras éstos sean utilizados en la medida en que deriven del bien común o del bien social y mientras dichos límites surjan en consecuencia del respeto a los derechos de los demás ciudadanos.

Para Paz-Ares y Águila-Real, las libertades como la de nuestro objeto de estudio, que se ejercitan en el *mercado*, requieren que sea el Estado quien constituya dicho mercado<sup>945</sup>, es decir, que origine y promueva las instituciones que permitan afirmar que una economía es de mercado, sin embargo, es necesario el reconocimiento de los elementos básicos del Derecho Privado para la posibilidad del ejercicio de la libertad de empresa<sup>946</sup>.

Por eso se puede llegar a creer que para los particulares es imprescindible llevar a cabo el libre ejercicio de sus actividades empresariales, bajo los principios de *no intervención y mandato de protección*<sup>947</sup> en este caso, lo que distingue a la libertad de empresa frente a otros derechos fundamentales es la posibilidad de una “iniciativa pública” reconocida en el artículo 128 CE, de manera que el Estado se convierte en un competidor de los particulares, y esto hace que nos preguntemos si su injerencia en la regulación de dichas actividades constituyen o no restricciones inadmisibles a la libertad de empresa; asimismo, si es legítima o no su intervención como competidor.

Sobre lo anterior podemos hacer referencia a la teoría liberal, según la cual el Estado no establece el mercado, sino que garantiza su ejercicio a través del Derecho y del sistema de tutela judicial<sup>948</sup>, creando seguridad en el tráfico y cumplimiento de los

---

<sup>945</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, Madrid, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, 2003, p. 29.

<sup>946</sup> Como ha sido destacado por LOCKE, “la generalidad como atributo de la ley”, y no lo hace por formalismo, sino como “característica esencial de su gobierno moderado”. En un sistema en que todo poder se encuentra limitado, la generalidad actúa como límite al legislador y garantía de la libertad y la propiedad de los particulares. *Ibídem*.

<sup>947</sup> *Ibídem*.

<sup>948</sup> En el caso del Derecho comunitario se ha establecido que la sistemática del Tratado es “que ha querido erigir un sistema completo de tutela judicial en relación con los actos e Instituciones

contratos<sup>949</sup>. Sin embargo, respecto a lo que ocurra en el mercado, el Estado interviene en el mercado, según las líneas que le marca el derecho: no puede intervenir ni modificar sus efectos.

Hoy en día sabemos que el mercado no existe con independencia al estado, porque éste no sólo lo crea jurídicamente, sino que incluso le suministra recursos necesarios para que pueda funcionar. Sin embargo, nos desenvolvemos en una paradójica situación en donde la libertad de empresa consiste en un derecho de libertad, es decir que protege la autonomía de la voluntad. Ahora bien, para que esa autonomía de la voluntad exista, es preciso cuestionarnos sobre si es suficiente con que el Estado cree normas jurídicas de garantía de funcionamiento del mercado o si, por el contrario, hace falta una actividad positiva del Estado de fomento, de promoción, de estímulo, etc., ya que, de ser así, la libertad de empresa no es una auténtica libertad negativa, sino que necesita de una cierta actividad positiva del Estado con consecuencias jurídicas.

La sentencia 11/1981<sup>950</sup> del Tribunal Constitucional español plantea una clasificación de los límites a los derechos fundamentales, y distingue entre dos grupos de límites: por un lado, los llamados límites directos, inmediatos o explícitos, que la norma constitucional establece por sí misma, en algunas ocasiones; y por otro lado, los llamados límites indirectos, mediatos o implícitos, que derivan de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar, no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros

---

comunitarias generadoras de efectos jurídicos". Cfr. J.M. Martínez Sierra, *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Ed. UCM, Madrid, 2003, p. 279.

<sup>949</sup> A propósito, la STC 112/2006, de fecha 5 abril, señala que la libertad de contratación "se ha considerado tradicionalmente como una de las vertientes de la libertad de empresa".

<sup>950</sup> STC 11/1981, F.J.10, de fecha 8 de abril de 1981 establece que la Constitución española reconoce el derecho (en esta Sentencia concreta, el derecho de huelga), y lo que hace es consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que *serán más restrictivas o abiertas*, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53.

bienes constitucionales protegidos<sup>951</sup>. Asimismo, el Tribunal ha manifestado en una distinta ocasión, que no caben otros límites a los derechos que los dos tipos mencionados: los directamente recogidos en la Constitución y los implícitos o límites que sólo mediata e indirectamente se encuentran en ella<sup>952</sup>.

Y por otro lado, el mismo Tribunal ha expresado que “existen, ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos”<sup>953</sup>.

A lo anterior, también es válido sumar que se ha dicho de manera general que los límites a los derechos nunca podrán vulnerar su contenido esencial<sup>954</sup>, refiriéndose como ya vimos, al mandato del artículo 53. 1 CE, como también a la afirmación de que, si los derechos no son absolutos, con más motivo no lo son sus limitaciones<sup>955</sup>.

---

<sup>951</sup> STC 11/1981 F.J. 7, de fecha 8 de abril de 1981, el Tribunal Constitucional manifiesta literalmente: "La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos".

<sup>952</sup> STC 120/1990 F.J. 8, de fecha 27 de junio de 1990, la Sentencia estima que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al "definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales, y que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (STC 53/1986, F.J. 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido".

<sup>953</sup> STC 22/ 1984 F.J.3, de fecha 17 de febrero de 1984, en el fundamento jurídico de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional aclara que ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el art. 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, será de rango superior por serlo y únicamente menciona de modo expreso la persecución de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarrollos diferentes.

<sup>954</sup> Siempre la misma STC 11 /1981 F.J.10, de fecha 8 de abril de 1981.

<sup>955</sup> STC 159/1986 F.J.6, de fecha 16 de diciembre de 1986 que básicamente resuelve la cuestión planteada, que obliga a analizar la relación entre el principio constitucional de libertad y las

Al momento de analizar un límite impuesto a un derecho, no sólo debemos estudiar el espacio que éste utiliza, es decir, si se encuentra o no recogido en la Constitución para su calificación, y el lugar que ocupa dentro de la misma, además debe tomarse en cuenta en qué medida afecta la imposición o no de dicho límite al ejercicio del derecho en cuestión, y en relación a los demás derechos, si es superior o no lo es, y si no se está lesionando el bien o interés común o social con dicho límite<sup>956</sup>, ya sea en el caso de interés general de la nación o en el caso de intereses locales, dentro de las Comunidades Autónomas; con este tema de la limitación de nuestro objeto de estudio, volvemos a la cuestión referente de la existencia o no de un contenido esencial del derecho mismo, o si el medio de protección constitucional del derecho es a través de la vía de garantía institucional<sup>957</sup>.

La libertad de empresa es un derecho que también puede sufrir limitaciones, el Tribunal referido se ha pronunciado en diversas ocasiones, como en la Sentencia 147/1986, en la que plantea como un problema la constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos a dicho derecho, límites que encontramos en el propio artículo 38 CE, en la legislación que desarrolla al mismo y por supuesto, límites impuestos por el ejercicio de otros derechos y libertades y que como veremos responden en muchas ocasiones al interés común de los mismos titulares<sup>958</sup>.

---

limitaciones que mediante Ley pueden introducir los poderes públicos y, en concreto, entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que subyace a las normas penales.

<sup>956</sup> Se sostiene en la jurisprudencia que un órgano jurisdiccional no puede declarar la inconstitucionalidad de una medida concreta sobre la base de que atenta contra el "modelo económico" de la Constitución. No hay límites a la política económica de los Gobiernos derivados de una "constitución económica. Los límites a esta política están en los derechos fundamentales, no obstante, éstos no requieren de una interpretación a partir de un modelo determinado. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en: AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 44-45.

<sup>957</sup> Ver Capítulo precedente de este trabajo.

<sup>958</sup> STC 147/1986, de fecha 25 de noviembre de 1986 expone en el fundamento jurídico 4, que el problema que se plantea en todas las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas es un problema de límites, de razonabilidad de los límites que han sido impuestos a la seguridad jurídica en aras de la prevalencia de la justicia material.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha advertido en su STC 109/2003<sup>959</sup>, que el derecho a la libertad de empresa exige que las distintas empresas de un mismo sector se encuentren sometidas al mismo género de limitaciones básicas<sup>960</sup> en todo el territorio nacional; de manera que el ejercicio del derecho que ahora estudiamos, ha de considerarse igual en toda España, así como la aplicación de sus limitaciones, de lo contrario, resultaría incompatible con las características propias de la ejecución de las actividades económicas que se desarrollan por los titulares, como lo es la transmisibilidad de las oficinas en las que se opera una actividad de este tipo.

Siguiendo con la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional español, vemos que éste se ha esforzado por hacer compatible el contenido de la libertad de empresa con sus límites, y sobre ello ha señalado que “el contenido de la libertad de empresa y de los límites que pueden establecerse por las normas que regulen su ejercicio es una cuestión que no está exenta de graves dificultades”<sup>961</sup>.

De manera tal, que está claro que las limitaciones y la garantía constitucional de la libertad de empresa son cuestiones que deben tener un especial cuidado para no intervenir de manera negativa en las facultades que el derecho le otorga a sus titulares, es decir, intervenir obstaculizando el libre ejercicio del derecho<sup>962</sup>, el

---

<sup>959</sup> Esta STC manifiesta literalmente que: “La libertad de empresa, de la que la transmisibilidad de ésta es una concreción, exige que las distintas empresas de un mismo sector se encuentren sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad, sólo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos Operadores”.

<sup>960</sup> Se ha manifestado que el sistema de intervención comunitaria, basado en el artículo 86.3 CE, construido en torno a la proporcionalidad “en virtud de la cual, las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado único no exceden lo necesario para garantizar el cumplimiento eficaz de la misión”. Cfr. G. Maestro Buelga, “*Constitución económica e integración europea*”, en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, p. 109.

<sup>961</sup> STC 37/1987, de fecha 26 de marzo de 1987.

<sup>962</sup> Un buen ejemplo de esta labor del Tribunal Constitucional español por distinguir cuándo existe un límite al derecho de propiedad y cuándo uno a la libre empresa, y a su vez, cuándo debe aplicarse una u otra garantía, puede observarse en la STC 17/1990, F.J. 8, de 7 de febrero, caso Ley Canaria de Aguas que expone que la naturaleza jurídica, pública o privada, del empresario, se “configure como uno más entre esos criterios de prelación para la selección de los concesionarios, no supone un atentado a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución, ya que en nada queda

Tribunal por su parte, ha delimitado en ciertas ocasiones y de forma positiva el contenido esencial de la libertad de empresa, por ejemplo, ha declarado que el artículo 38 CE *no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa*<sup>963</sup>, *sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial*, en su STC 83/1984<sup>964</sup>.

La Sentencia en su tenor literal establece que: “el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 CE no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión y oficio, ni el artículo 38 reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad, la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden”. Con lo cual, entendemos que el derecho está regido bajo ciertas restricciones que no pueden dejar de observarse en su ejercicio<sup>965</sup>.

La misma Sentencia desarrolla lo que comprende y lo que no comprende la libertad de empresa. Según el TCE no comprende: *el libre acceso a toda actividad económica*, ya que el ciudadano, en relación con los distintos sectores económicos, tan sólo tiene

---

afectada esta libertad por el hecho de que, junto a otras circunstancias, en la adjudicación de las concesiones pueda atenderse al carácter o naturaleza pública o privada de los solicitantes de las mismas”.

<sup>963</sup> A propósito de esta afirmación, se estima que debe alcanzarse un buen compromiso que armoniza de modo equilibrado el principio de la libre prestación de servicios y la defensa del modelo social europeo, las razones de los consumidores y las razones de la cohesión social. De modo que “abandonado el principio del *país de origen* permanece en todo caso el deber de cada Estado miembro de asegurar a cualquier empresa la libertad de prestar el servicio, sin soportar vínculos de los que no estén comprobados su necesidad, proporcionalidad y el carácter no discriminatorio. A. Cántaro, *El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein*, en: Revista de Derecho Constitucional, N° 5, enero-junio, 2006, traducción de J. Delgado y M. Criado, p. 58.

<sup>964</sup> STC 83/1984. F. J. 3, de fecha 24 de julio de 1984.

<sup>965</sup> Recordamos a este punto el debate que hemos realizado en el capítulo anterior de este estudio, acerca del hecho que el artículo 38 CE no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35 .1 ó 38 CE. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Art. 38*, en: *Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 982.

derecho a iniciar una actividad económica cuando el legislador lo permita expresamente o, al menos, no lo prohíba.

Lo anterior se entiende en el sentido de que el silencio del legislador hace alusión al principio general de libertad que la Constitución española en su artículo 1.1 consagra, y que “autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas, así como también, el principio de legalidad contenido en los artículos 9.3 y 103.1 CE”.

Asimismo, de la declaración contenida en la STC 83/ 1984 obtenemos que el despliegue de las *facultades y posibilidades de actuación* de la libertad de empresa en cada sector económico está a expensas de la decisión del legislador, que es libre de permitir, limitar o prohibir el ejercicio de este derecho<sup>966</sup>. Dichas afirmaciones serán profundizadas en el siguiente apartado de nuestra tesis.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>966</sup> Como hemos visto, el legislador ostenta una facultad de control de los alcances de la libertad de empresa, más sin embargo ésta facultad es restrictiva y que cada en concreto debe ser analizado a la luz de los parámetros de actuación que las leyes, los Tratados y la misma Constitución le otorgan.





Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPITULO 6

### RELACION DE LA LIBERTAD DE EMPRESA CON OTROS DERECHOS Y BIENES CONSTITUCIONALES

Una vez que hemos analizado algunos de los límites constitucionales a la libertad de empresa, nos hemos aproximado a su naturaleza jurídica y a la delimitación de los alcances que tiene dentro del Estado social, y especialmente en España, es oportuno reconocer que la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, cuyos titulares son sujetos privados, pero que su desarrollo mediante las distintas actividades de tipo económico con las que se manifiesta alcanzan el interés general, y por tanto puede llegar a afectar los intereses, derechos y libertades de la colectividad<sup>967</sup>.

Precisamente por las formas en las que la libertad de empresa se manifiesta como una actividad de tipo económica, en donde la libre iniciativa privada busca la obtención de beneficios, en el marco de la economía de mercado, que sin discusión es un espacio que concierne a todos los intereses, el estudio de la misma amerita la inclusión de la relación que tiene con otros derechos<sup>968</sup> y libertades reconocidas como ella, constitucionalmente; porque en virtud del desarrollo de la misma, es

---

<sup>967</sup> En palabras de Robert Alexy, esta afectación de un derecho se produce siguiendo la lógica de que: "Un derecho fundamental como un todo de este tipo es algo básicamente distinto a un derecho fundamental como un todo que consiste solo en una conjunción de posiciones definitivas. Este tiene un carácter estático; aquel, un carácter dinámico, uno es el resultado provisorio de un proceso de decisión y argumentación que debe ser situado fuera del derecho fundamental; el otro incluye exigencias que van más allá de lo existente, entrando por ello, en colisión con otros derechos fundamentales y con principios referidos a bienes colectivos y, de esta manera, esta necesariamente vinculado con su entorno normativo". Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 244.

<sup>968</sup> Es clara la conexión existente entre la libertad de empresa y otros derechos y bienes consagrados en la Constitución y, por tanto, en la consideración de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención a los poderes públicos, la actividad empresarial merece exactamente la misma tutela constitucional, no obstante, tampoco quiere decir, que ambos derechos planteen las mismas exigencias en cuanto mandatos de protección. Cfr. C. Paz-Ares, y J.A., Águila Real, *Art. 38*, en: *Comentarios a la Constitución Europea*, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, p. 983.

inherente que al llevarse a cabo cualquier actividad económica, se vincule con otros derechos<sup>969</sup>.

La relación de la libertad de empresa con otros derechos, a los que también se les ha llamado *atributos propios de la libertad de empresa*<sup>970</sup>, tiene un carácter de vital importancia porque se ha entendido que del estudio de la relación que existe entre ellos y nuestro objeto de estudio, se completa la labor de “discernimiento de lo que es propio y autónomo”<sup>971</sup> de la libertad de empresa.

Asimismo, se considera que dicho análisis pone de relieve la conexión de la libertad de empresa con otros derechos, que juntos logran el “desarrollo sistemático de un todo constitucional”<sup>972</sup>.

Personalmente, considero que en ese *todo constitucional*, las relaciones de la libertad de empresa con otros derechos le impone límites a la libre iniciativa privada, y en el desarrollo de este capítulo intentaré demostrarlo, así por ejemplo, la libre iniciativa privada, debe ajustarse a los parámetros constitucionales que protegen otros derechos, como los derechos de los trabajadores, que limitan la facultad de dirección de la empresa por parte del titular de la misma, cuando ejerce sus funciones de empleador<sup>973</sup>.

---

<sup>969</sup> Como se sabe, ningún derecho es absoluto e ilimitado, como no lo es la libertad de empresa, y es en virtud de este principio, que es posible afirmar que existen, desde luego, límites derivados de la concurrencia de la misma con otros derechos, e igualmente restricciones legítimas que, justificadas por la protección de otros bienes jurídicamente amparables, pueden oponerse a su pleno y absoluto ejercicio, bien sea con carácter individual o colectivo, particular o general, para un círculo determinado de personas o por la producción de ciertas circunstancias objetivas.

<sup>970</sup> Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 531.

<sup>971</sup> *Ibíd.*

<sup>972</sup> Estos derechos son propiamente el derecho a la propiedad privada, el derecho de asociación, la libertad de residencia y circulación, el derecho al trabajo, y a la libre elección de profesión u oficio, entre los más destacados.

<sup>973</sup> Por este motivo, se podría afirmar que el núcleo esencial del derecho de la libertad de empresa va a estar constituido por todo aquello que resulte de ese derecho que se reconoce a toda persona para desarrollar actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio, que

Por su parte, el Estado debe velar por amparar dichos derechos, sobre todo con la máxima del respeto a las garantías del interés general<sup>974</sup> que se encuentra obligado a tutelar, como la preservación del medio ambiente, y demás libertades que con el desarrollo de la libertad de empresa se pueden ver perjudicados, como los derechos de asociación, de propiedad, asociación e igualdad, que estudiaremos en esta sección<sup>975</sup>.

## **6.1. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, EL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE PROFESIÓN U OFICIO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA**

Es de suma trascendencia y sobre todo en la actualidad, la relación que existe entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo<sup>976</sup>. A este respecto, se han realizado diversos estudios sobre la correspondencia que hay entre los sujetos que desarrollan actividades económicas por su propia cuenta y los que las realizan en virtud de

---

en ponderación con otros derechos no afecte negativamente, la función social de la empresa, el interés general, el medio ambiente o la democracia empresarial, entre otros. En otras palabras, será solamente posible en virtud del cumplimiento de las funciones que impone el Estado Social limitar el derecho de libertad de empresa.

<sup>974</sup> Para Rovira, la libertad de empresa, "Como institución central del orden económico, y tanto si su contenido subjetivo básico se sitúa en el terreno de la igualdad como en el más generalizado de la libertad, la libertad de empresa entra en concurrencia con otros derechos y con otros intereses que la Constitución considera dignos de protección". Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N° 71. mayo-agosto 2004, p. 153.

<sup>975</sup> Para la doctrina, lo que esta cuestión plantea es contestar a la interrogante ¿Es posible concebir estos derechos sin acudir a contrapesarlos con otros derechos fundamentales básicos y aun con el interés general? Que al final, debe ser un aspecto común, la tutela de estos derechos por la simple razón de tutelar el interés general. Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en: Revista española de derecho constitucional, Año N° 8, N° 24, 1988, p. 178.

<sup>976</sup> Se trata de todo el régimen jurídico que regula la relación de trabajo y el estatus del trabajador.

trabajar para una empresa<sup>977</sup>, siendo esta una de las situaciones que presenta la libre iniciativa privada, la autonomía de un empresario en la organización de las actividades económicas que realiza<sup>978</sup>.

Esta estrecha relación entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo, se origina a partir de una condición propia del empresario respecto a las actividades económicas que desarrolla mediante su empresa, ya que es a mediante el derecho a la libertad de dirección<sup>979</sup>, que se le reconoce esta facultad de disponer libremente de la forma en la que ha de lograr sus objetivos, y es ahí precisamente donde entra en juego su papel como empleador de los trabajadores que van a ejercer para su empresa las actividades que él estime necesarias para alcanzar metas y objetivos, dentro de la elección y la ejecución de los medios de producción y sobre todo de los recursos para producir los bienes o distribuir los servicios a los que su empresa dedica su giro comercial<sup>980</sup>.

Dentro de dichos recursos, sin duda alguna, encontramos al más importante de ellos, que es el humano, y a quien la Constitución, como no puede ser de otra manera en

---

<sup>977</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo a las exigencias de la economía general y de la planificación" en: Monereo Pérez, J.L. (Director), y otros, Comentario a la Constitución Socio-económica de España, Comares, Granada, 2002, p. 366.

<sup>978</sup> Como un dato de esta situación, Alemania y Japón han sido catalogados como líderes de la industrialización durante el siglo XX y, además, con capacidad para desarrollar modelos de gestión empresarial que también han sido contemplados con admiración fuera de sus fronteras. Se apuesta por un sistema más cooperativo que competitivo, que ha revolucionado las relaciones entre industria principal e industria auxiliar y ha demostrado que unas relaciones laborales donde el trabajador se implica a fondo y a largo plazo con la empresa son más eficientes que otras donde hay oportunismo por ambas partes.

<sup>979</sup> En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 50, 290, referida a la Ley de Cogestión de los Trabajadores, en la cual se ha resuelto, que: La ampliación de la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa (co-gestión), de acuerdo con la Ley de Cogestión del 4 de mayo de 1976, es compatible con los derechos fundamentales de las sociedades contemplados en la ley, los de los accionistas y los de las coaliciones de los patronos.

<sup>980</sup> La cuestión parece ser muy complicada y sobre todo extensa, la cuestión principal, tal y como lo plantea Melgar, es: ¿Cómo conciliar el valor constitucional de la igualdad (art. 1.1 CE)? con la estructura esencialmente desigual del contrato de trabajo, en el que una parte, el empresario, está legitimada para dictar órdenes y la otra, el trabajador, está obligada a cumplirlas (art. 20 ET) Estatuto de los Trabajadores. Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, p. 1.

un Estado social, reconoce y protege, en el caso español, en el artículo 35 CE<sup>981</sup>, en donde hace referencia al derecho y deber del trabajo, a la libre elección de la profesión u oficio y a un salario suficiente que permita cubrir todas las necesidades de vida, y por supuesto, hace referencia a la no discriminación. En cuanto a las obligaciones de los trabajadores, se encuentran aquellas recogidas en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores<sup>982</sup>.

Como vimos en la parte primera de nuestro trabajo, se reconoce a los particulares el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>983</sup>, y por lo tanto, se reconocen los

---

<sup>981</sup> Al tenor literal del Artículo 35 CE, 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.

<sup>982</sup> Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral. 1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso. 4. El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>983</sup> La Constitución española reconoce la importante función del Estado —propia del Estado social— de cara a asegurar el pleno goce de los derechos y libertades dentro de la acción descentralizada y autónoma de los diversos poderes públicos, y, permitiendo la acción de los agentes sociales más diversos en un grado muy amplio, en la medida en que el "libre desarrollo de la personalidad es el fundamento del orden político y la paz social, artículo 10.1 CE). Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, En la *sentencia sobre las farmacias (Apothekenurteil)* del año 1958, que sentó unas bases claras, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad profesional es un derecho fundamental esencial para asegurar el desarrollo de la personalidad del individuo, y ha resumido su opinión en esta frase: "De este modo, el derecho fundamental adquiere importancia para todas las capas sociales; el trabajo como "profesión" tiene el mismo valor y la misma dignidad para todos". Sentencia: BVerfGE 7, 337, p. 397. Véase también: Ossenbühl, F., *Las libertades del empresario*

medios por los cuales se alcanza la misma, como en el caso de la actividad que realicen para ganarse la vida<sup>984</sup>, es decir, el trabajo que desempeñen, ya sea por cuenta propia o ajena, contenidos en el artículo 35 CE. En definitiva, e trata del derecho de ejercer una actividad que les permita acceder a unos ingresos económicos.

Asimismo, es válido afirmar que el trabajo no solamente es un elemento reconocido por su carácter económico, sino también por ser un componente de tipo político, social y cultural que permite a los particulares pertenecer a la sociedad entre otras cosas<sup>985</sup>.

Pero para el caso que hoy nos ocupa, el ejercicio de una actividad empresarial determinada, crea una conexión necesaria entre la libertad de elección de la profesión u oficio, el derecho al trabajo, y la libertad de empresa<sup>986</sup>. Y como hemos visto a lo largo de este estudio, el sistema económico y el sistema político del Estado se encuentran entrelazados. En este sentido, los poderes públicos encuentran un deber de tutela dirigida al trabajador.

La intervención que el Estado asume en las actividades empresariales, en este ámbito es de vital importancia, ya que trata de garantizar un funcionamiento dentro de la empresa, en donde todos sus miembros ostentan los derechos más básicos reconocidos en el ordenamiento, como por ejemplo, lo referido a contratos, salarios

---

según la *Ley fundamental de Bonn*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año N° 11, N° 32, 1991, pp. 14 y ss.

<sup>984</sup> Cfr. C. Paz-Ares y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.4.

<sup>985</sup> Sobre el carácter cultural y el libre desarrollo de la personalidad. Cfr. J. Asensi Sabater, *Cultura y Constitución: Una propuesta cultural en la crisis* en: *Revista de estudios políticos*, N° 35, 1983, pp. 257-272.

<sup>986</sup> En palabras de Paz Ares y Águila Real: "la libertad de empresa, la libertad de elección de la profesión y la libertad de trabajo, en cuanto derechos fundamentales, obligan a los poderes públicos a maximizar su vigencia, nuevamente, dentro de las constricciones que imponen los restantes derechos fundamentales y, en general, los intereses generales". Cfr. C. Paz-Ares, y J.A., Águila Real, *Art. 38*, ob. cit., p. 988.

justos, vacaciones, despidos justificados, finiquitos, etc.; y la efectiva verificación de un proceso, en el caso de que tales garantías hayan sido vulneradas<sup>987</sup>.

Por lo tanto, es completamente válido que la Constitución demande a los poderes públicos un nivel de regulación para asegurar garantías y los derechos de los trabajadores frente al empresario, muy superior que el que exige para proteger la libertad de empresa. Y finalmente, si la realización de una actividad económica por los particulares no está prohibida expresamente, se deberá entender que los particulares son libres de ejercerla tanto en forma de trabajo dependiente como en forma de empresa<sup>988</sup>.

En el ámbito internacional, se sabe que desde mediados del siglo XIX, y específicamente desde la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919<sup>989</sup>, que con ayuda de la iniciativa de organizaciones de trabajadores, ha apoyado la aplicación de reglas básicas y uniformes a las condiciones de contratación y de trabajo<sup>990</sup>.

La OIT cuenta con tres partes constitutivas: empresas, trabajadores y gobierno, se han negociado y adoptado más de ciento ochenta convenios, ocho de los cuales están

---

<sup>987</sup> La lista de estos derechos continúa, y así, tenemos la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que pretende establecer un modelo de relaciones laborales que garantice una serie de derechos de los trabajadores entre los que se pueden destacar los siguientes: libertad de asociación y negociación colectiva, no discriminación en el acceso al empleo, igualdad de trato en cuanto a las condiciones de trabajo, protección social a través de un sistema de seguridad social, protección de la salud y de la seguridad laborales, y protección de los niños y adolescentes. El texto de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores fue aprobado el Consejo Europeo, el 9 de diciembre de 1989 en la cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno celebrada en Estrasburgo.

<sup>988</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, Madrid, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, 2003, pp. 12 y 13.

<sup>989</sup> En el preámbulo de su Constitución se proclama que: “Si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”. Que es precisamente lo que se ha experimentado en países cuyo trato comercial se ha visto en desventaja para el país que dispone de la fuerza de trabajo a muy bajo coste.

<sup>990</sup> Cfr. A. Sen, *Trabajo y derechos*, en: Revista internacional del trabajo, 2000, 119 (2), pp.129-139.



hoy reconocidos internacionalmente como instrumentos que consagran cuatro normas fundamentales del trabajo: a) la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación<sup>991</sup>.

No obstante, casi treinta años más tarde, en 1948, la idea de que en los tratados comerciales se adoptaran disposiciones que ampararan los derechos básicos de los trabajadores fue recogida en la Carta de La Habana, que debía ser la base para la creación de la Organización Internacional del Comercio. Si bien estos empeños fracasaron, se sentaron las bases de los organismos dedicados al comercio multilateral, comenzando con la entrada en vigor del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1948, que culminaría en 1994 con la fundación de la Organización Mundial del Comercio (OMC); pero ninguno de ellos adoptó normas de protección de los derechos laborales.

En el actual desarrollo de las actividades comerciales que se llevan a cabo no sólo dentro de los Estados, sino también entre ellos, y la evolución constante de la globalización<sup>992</sup>, se cuenta con pequeños pero no por ello menos importantes, avances que han marcado esfuerzos internacionales por la regulación del tema, los

---

<sup>991</sup> Estos cuatro derechos se encuentran proclamados en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, que obliga a todos los Estados Miembros de la OIT a “respetar, promover y hacer realidad” los mismos, aun cuando no hayan ratificado los convenios concretos en los que se enuncian, y de la misma forma, se cuenta con los siguientes: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (Nº 29), y Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Nº105); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Nº 87), y Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Nº 98) Libertad de asociación y libertad Sindical. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Nº100), y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (Nº111); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Nº138), y Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Nº182).

<sup>992</sup> Hablamos de tecnologías, movimientos artísticos, inversiones, finanzas, etc., que demuestran que las economías nacionales son más abiertas que nunca que, en la actualidad, la globalización es considerada como inevitable e irreversible. Cfr. J.A. Frieden, *Capitalismo Global. El trasfondo económico de la historia del siglo XX*, Memoria Crítica, Barcelona, 2007, pp. 20 y ss.

principios fundadores de la legislación internacional del trabajo han retomado nuevas fuerzas en virtud de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo<sup>993</sup>.

Pero lo que en verdad llena nuestro interés en este apartado, es la relación que existe entre la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores que, dicho sea de paso, consideramos que ambos marcan ciertos parámetros recíprocos que delimitan la actuación dentro del mercado entre ellos mismos. Ambos establecen sus fronteras de protección, de manera que restringen al otro en alguna medida, que trataremos de exponer a continuación.

La globalización<sup>994</sup>, a la que diversos autores se refieren también como el proceso de mundialización de la economía, se le puede señalar como responsable de actos generalizados acerca de las condiciones de empleo y las desigualdades<sup>995</sup>. Lo anterior, se puede observar claramente en el caso de los Acuerdos de libre comercio y derechos laborales, como en la propagación de las innovaciones tecnológicas, que han contribuido a ensanchar la brecha entre ricos y pobres<sup>996</sup>, descomponiendo la

---

<sup>993</sup> A propósito de dichos datos, se ha escrito mucho sobre la globalización económica y sus repercusiones en el derecho del trabajo. Cfr. R. Tamames, *Sin alternativa a la globalización*, en: *Revista de Economía Mundial* 18, 2008, p. 134. Véase también: C. Doumbia-Henry y E. Gravel, *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: *Revista internacional del trabajo*, Vol. 125, N° 3, 2006, pp. 208 y ss.

<sup>994</sup> Cfr. G.J.M. Barrero González, *La globalización económica como manifestación especial de la propiedad de empresa. Efectos sobre el Derecho de Trabajo y posibles soluciones*. En: *Propiedad y derecho social*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 115-179.

<sup>995</sup> Para Montoya Melgar, La búsqueda de esa igualdad real y efectiva no equivale, a un imposible trato uniforme e idéntico de las personas, sino a la eliminación de las desigualdades injustas y a la creación de un marco de convivencia que permita a todos, en principio, el acceso a cualquier posición u ocupación. Cfr. A. Montoya Melgar, "*Libertad de empresa y poder de...*" ob. cit., p. 11.

<sup>996</sup> Entre otros motivos de estas desigualdades, se afirma que actualmente vivimos una crisis provocada por el enorme crecimiento de la banca, que ha sido muy negativo, y ha sido una de las causas de la enorme concentración de las rentas y del crecimiento de las desigualdades. En realidad, la concentración del propio capital financiero (facilitado por la concentración de las rentas) es una de las características de lo ocurrido y ha sido la causa mayor de la enorme crisis que estamos sufriendo.

división internacional del trabajo, modificando su naturaleza y destruyendo puestos de trabajo sin crear forzosamente otros nuevos<sup>997</sup>.

Además, es evidente que dicho proceso de integración económica mundial ha penetrado en las economías de países con más desventajas y más débiles económicamente, aumentando la desigualdad entre la capacidad negociadora del capital y del trabajo<sup>998</sup>, como consecuencia de una mayor libertad para comerciar que abre sus puertas a las inversiones extranjeras y las corrientes financieras, que impiden que se garantice un verdadero cumplimiento a la tutela del interés general, un ejemplo claro de ello, es el crecimiento de la economía informal.

De manera que podemos afirmar sin ninguna duda, que el establecimiento de normas económicas más justas no es suficiente para promover la justicia social, ya que actividades propias del mercado, como el aumento progresivo de la competencia, conducen a efectos perjudiciales a las condiciones de empleo y de trabajo en todo el mundo, ya que se trata de una competitividad que en el contexto de la globalización ha llevado a las economías desarrolladas a enfrentarse a países en los que el coste del trabajo es definitivamente menor<sup>999</sup>.

Como consecuencia de esta realidad, se han incrementado las iniciativas en los campos de la cooperación internacional, las inversiones extranjeras directas, las redes globales de producción, el desarrollo empresarial local e, incluso, para las

---

<sup>997</sup> Cfr. C. Candland, "Las normas fundamentales del trabajo durante la Administración de George W. Bush", Revista Internacional del Trabajo, vol. 128, N° 1-2, 2009. p. 5.

<sup>998</sup> En ese sentido, y a propósito de las desigualdades "creadas a partir del crecimiento del mercado" la sentencia BVerfGE 92, 365 del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre (Sueldo para jornada laboral reducida) que declara que: "El §116, párrafo 3, frase 1 de la Ley de Promoción Laboral es compatible con la Ley Fundamental. Si como consecuencia de esa regla se generan *desigualdades estructurales* para las partes en el contrato colectivo de trabajo, que no permitan una negociación equilibrada de las condiciones sociales y económicas y que tampoco se puedan solucionar mediante la aplicación de la jurisprudencia, tendrá entonces el legislador que dictar las medidas necesarias para la protección de la autonomía en la negociación colectiva".

<sup>999</sup> Cfr. F. Gagliardi, *Políticas anticrisis y paro: una comparación entre Italia y España*, en: *Ekonomiaz* (Revista Vasca de Economía), N° 73, 1.er cuatrimestre, 2010, p. 243.

instituciones económicas de la economía informal<sup>1000</sup>. Como por ejemplo, las Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) que establecen y desarrollan las normas referentes a las inversiones transnacionales y a las operaciones y relaciones contractuales de las empresas multinacionales<sup>1001</sup>.

Los hechos demuestran que el incumplimiento de los derechos laborales fundamentales no ayuda a captar inversiones. Varios estudios realizados en América Latina indican que el cumplimiento de los mismos coadyuva a la estabilidad social y política<sup>1002</sup>, que es imprescindible para apuntalar el aumento de la inversión, por ello se afirma constantemente que el comercio no consiste únicamente en intercambiar bienes y servicios, sino también en normalizar las condiciones de tipo medioambientales, higiénicas, laborales, etc., en que se producen los bienes y se prestan los servicios<sup>1003</sup>, un ejemplo de ello, en la actualidad son los tratados de libre comercio, en donde pese a que los países que los suscriben incluyen cláusulas de regulación de la contratación laboral, estas cláusulas laborales carecen de mecanismos de seguimiento y fiscalización verdaderamente eficaces; y en consecuencia, indican

---

<sup>1000</sup> La mayor libertad para comerciar, junto con la pujanza de las inversiones extranjeras y las corrientes financieras, ha entrañado beneficios para muchos, pero ha dejado a muchos otros sin defensa ni capacidad para hacerse oír. Es innegable que el avance de la globalización va dejando ganadores y perdedores, sea en el plano de países como en el de sectores económicos. Las disparidades que registran las tasas de aumento de la inversión entre países y entre continentes y los índices tan desiguales de pobreza y de crecimiento de la economía informal demuestran que, hasta ahora, numerosas zonas en desarrollo han quedado al margen de los beneficios de la globalización, no obstante, los avances logrados por la economía en general y por el comercio en particular. Véase: Una alianza global contra el trabajo forzoso Informe del Director General Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Conferencia Internacional del Trabajo 93.a reunión, 2005 Informe I (B) Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra).

<sup>1001</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización de cooperación internacional, compuesta por 34 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en la ciudad de París.

<sup>1002</sup> Cfr. C. Doumbia-Henry y E. Gravel, "*Acuerdos de libre comercio y derechos laborales...*", en: *Revista internacional del trabajo*, ob. cit., pp. 225 y ss.

<sup>1003</sup> Cfr. C. Candland, "*Las normas fundamentales del trabajo durante la Administración de George W. Bush*", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128, N° 1-2, 2009. p. 5.

que responden más a los objetivos generales de la política económica exterior de países como Estados Unidos, que a la defensa de los derechos de los trabajadores.

Según la OIT<sup>1004</sup>, el crecimiento económico debe ir acompañado de “un conjunto de normas socio laborales basadas en valores comunes, en virtud de las cuales todos los actores de la economía reciban una proporción justa de la riqueza que han ayudado a crear”<sup>1005</sup>. Lamentablemente, en países en vías de desarrollo, como en el caso de Latinoamérica, la globalización en los últimos años demuestra ser un “elemento fundamental para erosionar los derechos constituidos en torno al Estado del Bienestar”<sup>1006</sup>.

Por otra parte, en España, por ejemplo, el crecimiento económico y la intensidad con la que se alcanzó la creación de empleos, entre 1996 y 2004, fueron el resultado de una política económica dirigida a crear un marco de condiciones dentro del cual la iniciativa privada, podía desplegar su capacidad de generar riqueza y empleo, no obstante, no se deben ni a la causalidad ni a una coyuntura favorable para aumentar la actividad económica y ocupación a pesar de la crisis económica internacional, y especialmente la europea<sup>1007</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>1004</sup> A propósito, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales, en el Trabajo y su Seguimiento (1998), establece que los principios laborales y los derechos laborales internacionalmente

Reconocidos, sean reconocidos y protegidos por su legislación. Así, define el significado de legislación laboral como las leyes o regulaciones que guarden una relación directa con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos: a) el derecho de asociación; b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente; c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y e) unas condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacionales.

<sup>1005</sup> *Ibíd.*, pp. 228.

<sup>1006</sup> *Ibíd.* pp. 226 y ss.

<sup>1007</sup> Cfr. L. Bernaldo de Quirós, *El modelo económico español, 1996-2004: una revolución silenciosa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, p. 21.

Asimismo, y en el ámbito de la Unión Europea<sup>1008</sup>, se sabe que a lo largo de las últimas décadas el desarrollo de la participación de los trabajadores<sup>1009</sup> en la empresa ha sido *potenciado e impulsado* desde las instituciones comunitarias, concretándose en virtud de la Directiva 94/1945 CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria<sup>1010</sup>, con la que se busca, la concentración de empresas y la transformación de la participación de los trabajadores<sup>1011</sup> en una señal de identidad de las empresas y grupos de empresas europeos<sup>1012</sup>.

Ejemplos como el anterior, sirven para dar origen a iniciativas por parte de la Comunidad Europea, con el fin de alcanzar el máximo aprovechamiento y reconocer los derechos que surgen de las relaciones que se suscitan entre empresarios y trabajadores, aunque finalmente, son los primeros los que se terminan beneficiando de manera más evidente.

---

<sup>1008</sup> En éste ámbito, se cuenta con la "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores", aprobada en diciembre de 1989, conteniendo varias políticas, entre las cuales: libre circulación; empleo y retribución; mejora de las condiciones de vida y trabajo; protección social; libertad de asociación y negociación colectiva; formación profesional; igualdad de trato entre hombres y mujeres; información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo; protección de los niños y de los adolescentes; personas de edad avanzada y personas con discapacidad. Además, en el capítulo sobre "empleo y retribución" se recogen tres derechos básicos: la libertad de elección y de ejercicio de una profesión, el de obtener un empleo justamente remunerado y el de disponer de servicios públicos de colocación gratuitos.

<sup>1009</sup> Así, se cuenta en la jurisprudencia alemana con la Sentencia BVerfGE 50, 290 referida a la Ley de Cogestión de los trabajadores, en la que la participación de los trabajadores en la administración de las empresas, de acuerdo con la Ley de Cogestión del 4 de mayo de 1976, es compatible con los derechos fundamentales de las sociedades comprendidas en la ley, de los accionistas y de las asociaciones de patronos.

<sup>1010</sup> Directiva 94/1945 CE, de 22 de septiembre de 1994, DO L 254 de fecha 30 de septiembre de 1994, p. 64.

<sup>1011</sup> Se sostiene que durante décadas el desarrollo de la participación de los trabajadores en la empresa ha sido potenciado e impulsado desde las instituciones comunitarias. Cfr. M<sup>a</sup> del R. Cristóbal Roncero, *El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria*, en: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N<sup>o</sup> 43, 2003 (Ejemplar dedicado a: Modelos de participación de los trabajadores en la empresa), pp. 157 y ss.

<sup>1012</sup> *Ibidem*.

Siguiendo ese orden de ideas, dentro de las facultades del empresario como sujeto titular de una empresa, y teniendo en cuenta a sus trabajadores como un recurso a tener en consideración como un factor de producción, tenemos que su autonomía en la iniciativa económica le permite funciones como seleccionar, asignación específica de los trabajadores a las diversas áreas de las que se compone su empresa, según las capacidades que demuestre cada trabajador para desempeñarse en las mismas, definir lo que estime como un correcto desempeño, y todas aquellas actividades que correspondan a alcanzar los objetivos de la empresa<sup>1013</sup>.

Y es en virtud de dicha potestad por parte del empresario, que resulta un contrato o un acuerdo entre ambas partes, en las que las condiciones no son de igualdad, porque el trabajador se ciñe a un “contrato de adhesión” si lo llamamos de alguna manera, a las reglas y condiciones que el empleador, como titular de la empresa le impone, y que además utiliza como director de la actividad económica con la que compite en el mercado.

En definitiva, se trata de un poder de dirección del empresario sobre los trabajadores<sup>1014</sup>, y es que aunque, la Constitución no reconoce expresamente un derecho fundamental como “la libertad de empresario”<sup>1015</sup>. Vale la pena señalar que es de donde parte la relación entre los trabajadores y el empresario, quien haciendo valer su reconocido derecho de libertad de empresa, se dedica a dirigirla, y como titular de la misma, llevar a cabo actividades como planificar el ejercicio de las actividades propias de su empresa, ordenar y asignar los recursos de producción, entre otras; en las que el empresario debe tomar medidas encaminadas precisamente, a que la iniciativa privada del titular de la empresa pueda ostentar el *poder de*

---

<sup>1013</sup> Cfr. M. Correa Henao, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 498.

<sup>1014</sup> Cfr. A. Cidoncha, *La Libertad de Empresa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 366.

<sup>1015</sup> Cfr. F. Ossenbühl, *Las libertades del empresario según la ley fundamental de Bonn*, (Traducción: Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster), publicado en *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)*, vol. 115, número 1, marzo 1990, con el título "Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 11. N° 32. Madrid, mayo-agosto 1991, p. 11.

*organización y control empresarial*<sup>1016</sup>, derivado, como ya hemos visto, del principio de libertad de empresa que la misma Constitución le ha reconocido en su artículo 38 CE.

Esta conexión formada entre estos dos derechos que ahora estudiamos, hace que sea necesario establecer el alcance de cada uno de ellos y los límites que su ejercicio impone al otro, y sin perder de vista que, dicha relación origina que otros derechos se sumen a dicha conexión. Recordemos que el Estado español consagra una protección especial a los derechos de los trabajadores en la relación laboral ya que, además de los derechos fundamentales que les corresponden en cuanto *personas*, se les reconocen unos derechos específicos, derivados de su condición de trabajadores. Estos últimos, a su vez, pueden ser contemplados desde una perspectiva individual o colectiva<sup>1017</sup>, siendo ejemplo de los primeros, entre otros, el derecho al salario, a la seguridad e higiene; y encontrándose entre los segundos, el derecho a la negociación colectiva, a la sindicación, a la huelga, a la adopción de medidas de conflicto colectivo<sup>1018</sup>, por ejemplo, y reconocidos también por la Constitución en su artículo 28 CE<sup>1019</sup>.

---

<sup>1016</sup> Cfr. M. L. Segoviano Astaburuaga, *El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores*, en: *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º. 2, 2004, pp. 150 y ss.

<sup>1017</sup> El reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado conduce además a la admisión de un amplio margen de discrecionalidad en el poder empresarial, en la medida en que tanto los objetivos de la empresa como los medios para alcanzarlos son trazados por el propio empresario. Dentro de esa libertad hay que enmarcar sin duda la posible voluntad del empresario de fijar límites pactados. individual o colectivamente.

<sup>1018</sup> *Ibíd.* pp. 150 y ss.

<sup>1019</sup> Artículo 28 CE, 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.



Es importante señalar que, sobre este tema, la intervención de los poderes públicos es fundamental, la Constitución española respalda el compromiso de un Estado social de velar por el desarrollo de una legislación laboral en la que se tutelen los derechos tanto de trabajadores como de empresarios. Y en este orden de ideas, el Tribunal Constitucional español, a partir de la Sentencia 88/1985, establece claramente un límite a la libertad de dirección de los empresarios, a quienes la libertad de empresa que reconoce la Constitución, no les reconoce en ningún momento que los trabajadores que prestan sus servicios en las actividades económicas de sus empresas y bajo su tutela, deban “soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”<sup>1020</sup>.

Dicho poder de dirección del empresario, que pertenece a la *autonomía organizativa*<sup>1021</sup> del mismo, y que el Tribunal Constitucional español ha señalado como *inherente*<sup>1022</sup> al derecho, que puede llegar a suponer en ciertas ocasiones, una injerencia en la esfera de derechos fundamentales de los trabajadores, como en el caso de la facultad del empresario para imponer su *poder disciplinario*<sup>1023</sup>, en donde puede llegar a darse en

---

<sup>1020</sup> La STC 88/1985, F.J. 2, de fecha 19 de julio, señala: “(que) la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a); y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional, legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de *feudalismo industrial* repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE)”.

<sup>1021</sup> Cfr. A. Cidoncha, “*La Libertad de Empresa...*”; ob. cit., 366.

<sup>1022</sup> STC 92/1992 F.J. 3, de fecha 11 de junio de 1992, que señala: “(que)...la actuación administrativa viene legitimada por las disposiciones del artículo 38 C.E., que no sólo reconoce la libertad de empresa (y el *inherente poder de dirección empresarial*) sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad”.

<sup>1023</sup> STC 125/1995 F.J. 6, de fecha 24 de julio, declara: “ (...) A tal efecto, hemos de atender a dos tipos de consideraciones: en primer lugar, a la naturaleza del poder disciplinario del empresario y, después, a

caso de incumplimiento por parte del trabajador, la opción *de despido*<sup>1024</sup>, que también figura dentro de las facultades del empresario.

No obstante, ese poder de dirección del empresario, puede verse limitado, y el Tribunal referido, en reiteradas ocasiones, ha resuelto sobre este aspecto, de la misma forma que en su Sentencia 98/2000, manifestando que: “el ejercicio de tales derechos (fundamentales) únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos<sup>1025</sup> perspectiva

---

las diferencias existentes entre la situación del trabajador, cuya sanción por falta grave queda confirmada por la resolución judicial, y de la del empresario, cuando dicha sanción resulta anulada. La primera de dichas cuestiones -*la de la naturaleza del poder disciplinario del empresario*- no puede ser abordada aquí sino en la medida en que es relevante para la resolución del problema constitucional que se nos plantea. A tal efecto, baste decir que se trata de un poder punitivo -la potestad de imponer "penas privadas"- que le otorga una superioridad palmaria y que, en el caso de las infracciones muy graves puede tener serias consecuencias sobre la situación del trabajador, tanto porque puede afectar gravemente a su modo de vida, cuanto porque puede tener, repercusiones indeseables sobre su estatuto jurídico, incluso desde una perspectiva que discurre paralelamente a algunos de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24 y 25 de la Constitución, por más que no pueda identificarse con ellos. El carácter punitivo de las sanciones disciplinarias laborales y sus posibles consecuencias motivan tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario, que se halla sometido a límites semejantes a los que, por preceptuarlo así la C.E. de 1978, ha de respetar la potestad punitiva del Estado, aunque se hallen recogidos en normas de rango legal (...)."

<sup>1024</sup> STC 192/2003 F.J. 4, de fecha 27 de octubre de 2003, que establece: " La causa del despido que sirve de base a la presente controversia encaja, en este caso, en el supuesto previsto en el art. 54.2 d) LET, donde se recoge como tal la transgresión de la buena fe contractual, por lo que el control que, dentro de nuestro canon de enjuiciamiento, nos corresponde, debe concentrarse en la valoración de si los razonamientos utilizados por las resoluciones impugnadas para fundamentar la aplicación de la cláusula general de la buena fe en un supuesto de despido disciplinario se adecuan a los valores y principios constitucionalmente definidos. Tal exigencia aparece reforzada por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. (...)"

<sup>1025</sup> La STC 98/2000, de fecha de 10 de Abril, F.J. 6, establece además que: "(...) debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de

ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral<sup>1026</sup>”.

Si continuamos nuestro estudio en aras de establecer las fronteras que delimitan la actuación de la libertad de empresa respecto a los derechos de los trabajadores, es preciso establecer cuál es la posición que se le ha reconocido a este interés colectivo en virtud de su relación con la libre iniciativa, sobre ello, Montalvo Correa ha señalado que el derecho del trabajo es un producto *ideológico* del sistema capitalista, expone que esto es así “al menos, teóricamente”<sup>1027</sup>, ya que legitima la cesión a otro sujeto del propio trabajo. No obstante, la Constitución española reconoce y protege la existencia de ciertos intereses colectivos propios de los trabajadores, como los sindicatos de trabajo y las asociaciones empresariales, a quienes el mismo Tribunal Constitucional, les reconoce como “asociaciones de relevancia constitucional”<sup>1028</sup>, tal como veremos en el próximo apartado.

En ese sentido, la autonomía de la que goza el empresario respecto a la gestión de los trabajadores, y aun cuando la Constitución, como hemos señalado, tutela dichos derechos de libertad sindical y negociación colectiva, el mismo Tribunal ha dictaminado que: “La negociación colectiva contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, como instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo que justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los

---

relaciones de trabajo (...)”. véanse también las SSTC 106/1996 de fecha 12 de junio, F.J.5 y 136/1996, de 23 de julio, F.J. 6.

<sup>1026</sup> SSTC 99/1994, F.J. 4, y 6/1995, de fecha 10 de enero, F.J. 2.

<sup>1027</sup> Cfr. J. Montalvo Correa, *El modelo económico y social de la Constitución y las relaciones laborales*, Jornadas sobre el derecho de trabajo y Constitución, Instituto de estudios laborales y de la seguridad, Madrid, 1985, p. 251.

<sup>1028</sup> STC 3/1981, F.J. 1, de fecha 2 de febrero, que literalmente sostiene: “(...) Lo que puede derivarse es la posibilidad de que existan normas específicas para esas asociaciones de relevancia constitucional, que en todo caso deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella. Pero ésta es una cuestión ajena al presente recurso”.

concretos de los individuos que la componen, limitando incluso algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos”<sup>1029</sup>.

No obstante, y pese a esta afirmación, en la misma Sentencia se destaca que “... ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 C.E.”<sup>1030</sup>. de manera que los poderes y facultades del empresario en la gestión de sus trabajadores se mantiene tutelada constitucionalmente incluso cuando se trata sobre las medidas que afectan el desarrollo del contrato de trabajo.

Por tanto, los asuntos que se encuentran adoptados por la autonomía colectiva, y por la normativa del Estado, son un *espacio de libertad*<sup>1031</sup> que ostenta el empresario, permitiéndole la capacidad de realizar acuerdos contractuales de tipo individual, y tomar decisiones que correspondan a su interés empresarial, ejerciendo su poder de gestor de su misma empresa, en virtud de que si bien es cierto, los convenios colectivos impiden que el empresario haga prevalecer su voluntad individual, sin embargo el convenio colectivo tal y como se ha manifestado por el Tribunal Constitucional, “no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales”<sup>1032</sup>.

---

<sup>1029</sup> STC 208/1993, F.J. 4, de fecha 28 de junio, que continúa: “...Pero ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 C.E., y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual "pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes". Véase también la STC 58/1985, de fecha 30 de abril.

<sup>1030</sup> *Ibidem*.

<sup>1031</sup> Cfr. M. Correa Henao, “*Libertad de Empresa en el...*”, *ob. cit.*, p. 510. En ese mismo sentido: “Dentro del marco del análisis de la teoría del status se ha introducido expresamente el concepto de espacio de libertad. Un espacio de libertad no es nada más que una clase de determinadas libertades. Si se entiende de esta manera el concepto de espacio de libertad, entonces no sólo no es perjudicial sino indispensable. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 266.

<sup>1032</sup> STC 238/2005, de fecha 6 de septiembre, F.J. 4, que declara: “La capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador, impide que la

Sin lugar a ninguna duda, los mismos derechos de los trabajadores representan un límite constitucional a la libertad del empresario, porque evidentemente los poderes que éste ostenta, gracias al derecho de la libertad de empresa, también están sometidos a controles, límites y contrapesos que impone la misma Constitución, cuando reconoce como componente básico, de sus reconocimientos en un Estado social, la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad, en el artículo 10.1 CE., siendo completamente incompatible con cualquier legislación, doctrina o jurisprudencia que exceda el poder del empresario o lo exponga exento de control<sup>1033</sup>.

Lo anterior, como ya habíamos visto, y a riesgo de ser demasiado repetitivos, está prácticamente recogido por la Sentencia que claramente establece que: “La celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano ... (ya que) ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos, respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 de la C.E., legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”<sup>1034</sup>.

Lo anterior, es definitivamente un marco de referencia sobre las relaciones que se suscitan entre los empresarios y su poder empresarial y los derechos fundamentales de los trabajadores, y siguiendo lo establecido por el Tribunal en mención, sobre este asunto, dicho marco de referencia, impone límites en el desarrollo de la relación entre empresarios y trabajadores, la Sentencia 99/1994 expresa que “no puede desconocerse ... que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado

---

voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero sólo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales”.

<sup>1033</sup> Cfr. F. Valdés Dal-Re, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, en: Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 1990, pp. 277-294.

<sup>1034</sup> STC 88/1985, F.J. 2, de fecha 19 de julio.

desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 C.E)”<sup>1035</sup>. De ésta expresión del Tribunal, entendemos que “modular” se podría interpretar como limitar o bien, controlar los derechos constitucionales en las relaciones laborales, siempre que deriven de medidas para el *correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva*, es decir, de las actividades propias de la libertad de empresa.

Cidoncha destaca que entre dichos límites que marcan la relación entre empresarios y trabajadores, derivados del contrato laboral, se encuentran la buena fe y la naturaleza específica del contrato<sup>1036</sup>. Y en ese mismo sentido, el límite en virtud a la naturaleza específica del contrato, determina que las consecuencias de un contrato laboral<sup>1037</sup>, deben invocar no sólo lo contenido y pactado en el mismo, sino también los derechos fundamentales reconocidos consuetudinariamente.

A manera de conclusión, y en consecuencia del análisis de este apartado, podemos afirmar, una vez más, que se hace necesario delimitar esta libertad de empresa, para

---

<sup>1035</sup> STC 99/1994 F.J.4 y 7, de fecha 11 de abril, que señala: "Que al mismo tiempo declara que "La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él".

<sup>1036</sup> Cfr. A. Cidoncha, "*La Libertad de Empresa...*"; *ob. cit.*, p. 369. En ese mismo sentido, se relacionan las Sentencias SSTC 120/1983, de fecha 15 de diciembre, y 6/1995, de fecha 10 de enero, en las que se establece que la sujeción del trabajador al interés empresarial, pese a tratarse de un deber de lealtad, manifestando: "Así, el Convenio Colectivo suscrito (objeto del Recurso de amparo) dispone que "los futbolistas profesionales tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento sobre cualquier materia, y en especial sobre los temas relacionados con su profesión, sin más limitaciones que las que se deriven de la Ley y el respeto a los demás", confirmando la trascendencia de este derecho en un ámbito, como el de la relación de trabajo deportiva, tan extremado en la sujeción del trabajador al Club que puede conducir a situaciones humillantes para el propio deportista (...); éste debe ser general y no puede ser reconocido en un significado *omnicompreensivo*, en palabras de Cidoncha.

<sup>1037</sup> A propósito de dicho contrato laboral, la doctrina coincide en afirmar que "El contrato laboral es (...) normalmente el juego de un ofrecimiento respecto del cual el trabajador, más que contra ofertar o negociar lo único que puede hacer es aceptar o no aceptar en bloque. El contrato de trabajo opera comúnmente como un contrato de adhesión". Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de...*, *ob. cit.*, p. 146.

comprender sus manifestaciones y los criterios con los que se puede o no legitimar la afectación de los derechos de los trabajadores, en virtud del poder de dirección de los empresarios.

## **6.2. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LA LIBERTAD DE EMPRESA**

La libertad de empresa se relaciona con gran intensidad con el derecho de asociación<sup>1038</sup>, en el ordenamiento jurídico español las agrupaciones de personas que se constituyen para desarrollar una actividad económica se encuentran protegidas por el derecho de asociación, en virtud de no encontrarse expresamente prohibidas, según el art. 22.1 CE, y cuya tutela es exigible mediante el recurso de amparo, a través de su incorporación dentro de los derechos fundamentales<sup>1039</sup>.

Asimismo, su contenido ha sido distinguido en un sentido de protección tanto positivo como negativo, reconociéndose la potestad de toda persona de reunirse libremente y fundar o integrar de forma voluntaria, organizaciones para proyectos de cualquier naturaleza que no estén expresamente prohibidas, y a la facultad para abstenerse a formar parte de las mismas, en virtud del derecho a no ser obligado de forma directa o indirecta a formar parte de ninguna asociación<sup>1040</sup>.

---

<sup>1038</sup> La reunión pública es según la doctrina, la forma más primaria de expresión del pluralismo, y la asistencia a ella la forma más embrionaria de participación política. Cfr. J. García Morillo, *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Luis López Guerra (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 310.

<sup>1039</sup> Artículo 22 CE: 1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

<sup>1040</sup> Para García Morillo, el derecho de reunión puede ser distinguido de cualquier otra aglomeración humana, atendiendo a cuatro caracteres básicos: 1) la previa concentración, que la diferencia de las meras agregaciones espontáneas, y que lleva apareado un elemento subjetivo, de conocimiento de la reunión a que se asiste y de la finalidad que ésta persigue, así como de consciente voluntariedad de la

Así pues, encontramos que la libertad de empresa puede ejercitarse colectivamente, y por ello, el Estado tiene la autoridad de dictar normas que reconozcan la existencia de este tipo de colectividades, sociedades y/o personas jurídicas, permitiendo que las actividades empresariales puedan llevarse a cabo en compañía de otras personas. Y en consecuencia, no puede existir ninguna clase de discriminación entre las empresas que adoptan la forma societaria respecto de aquellas que son individuales<sup>1041</sup>.

El Tribunal Constitucional español se ha manifestado sobre este tema afirmando en la STC 23/1987, que en principio “nada se opone a esta interpretación, porque si bien es cierto que con nuestra terminología habitual el término *asociación* designa las uniones de personas con fines no lucrativos, también lo es un concepto amplio de asociación que se encuentra en el Código Civil (arts. 35.2 y 36) al referirse a la *asociación de interés particular*, sean civiles, mercantiles o industriales”<sup>1042</sup>. Asimismo, el Tribunal hace referencia al Derecho comparado, así, se tienen que, en Italia, la doctrina dominante considera que art. 18 de su Constitución (análogo al 22 CE) es aplicable a las sociedades mercantiles. En la República Federal Alemana, en su Ley Fundamental, se reconoce el derecho de formar *asociaciones y sociedades* (art. 9.1), y tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional Federal alemán, han considerado

---

asistencia; 2) la temporalidad, que la distingue tanto de la coincidencia momentánea cuanto de la más prolongada, que estará constituida por la asociación; 3) la concordancia de objetivos, o finalidad perseguida por la reunión, sin la cual carecería de sentido; y 4) el carácter público, más o menos abierto o restringido, que la diferencia de la reunión o celebración puramente privada. Cfr. J. García Morillo, "*Estudios de derecho constitucional...*", ob. cit., p. 315.

<sup>1041</sup> Por otra parte, encontramos el derecho de asociación y el derecho de organizarse y negociar colectivamente, dentro de los derechos que recoge la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento* (1998).

<sup>1042</sup> STC 23/1987, F.J. 6, de fecha 23 de febrero de 1987. En esta Sentencia se resuelve un amparo, presentado por la sociedad Larios S.A., en contra de una resolución judicial en la que se declaraba la nulidad de unos cambios efectuados en los estatutos de la sociedad, alegando como violado el derecho de asociación y el Tribunal Constitucional español, se opuso a tal propuesta, alegando que el “derecho fundamental de asociación, sólo podría invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de dicho derecho”.



en diversos aspectos las sociedades mercantiles cubiertas por este precepto de la Ley Fundamental<sup>1043</sup>.

De tal forma que se entiende que el Estado cubre una amplia función de protección con este derecho, porque trata de las relaciones de cooperación entre toda la colectividad, que se reúne en la búsqueda de los objetivos que sean, mientras sean lícitos, las personas pueden agruparse y organizarse para la consecución de sus propios intereses. Por otro lado, el mismo Tribunal, manifiesta en la STC 36/1982 que el *derecho de reunión* está sujeto a límites como todo derecho fundamental, al ser un derecho con carácter "subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado, incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos"<sup>1044</sup>.

Es menester destacar que la Constitución no reduce el derecho de asociación a determinadas formas, ni se ciñe a la consecución de determinados fines<sup>1045</sup>, y que como todo derecho de libertad, permite que sea su titular el que decida cómo y para qué la utiliza, siempre y cuando no se le prohíba expresamente, según el artículo 22.2

---

<sup>1043</sup> A propósito de este art. 9 párrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, que señala la "realización y aseguramiento del derecho fundamental a través de la organización y el procedimiento". Señala Robert Alexy: "Las competencias creadas por las normas del derecho de asociación no pertenecen al status activo clásico porque no son competencias para "participar en el Estado", (refiriéndose a las asociaciones de interés particular). Cfr. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 264 y ss.

<sup>1044</sup> En la STC 36/1982, F.J.6, de fecha 16 de junio, el Tribunal declara: "El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que, al ser realizado, incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público. El carácter preminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la Constitución conceda poderes a la autoridad para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión, para poder conocer su alcance, y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar o modificar su emplazamiento, y tomar las medidas- de seguridad que fueren precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan".

<sup>1045</sup> Cfr. A. Cidoncha, "La Libertad de Empresa..."; *ob. cit.*, p. 212.

CE, es decir que sea lícito y que no se trate de asociaciones secretas ni con carácter paramilitar, conforme el artículo 22.5 CE.

Para Paz Ares y Águila Real, la función del derecho de asociación es “permitir que el pluralismo social se dé de manifiesto eficazmente contribuyendo de esa forma al desarrollo de la personalidad de los individuos que pueden perseguir sus fines vitales libremente elegidos en cooperación con otros individuos con los que comparten tales fines, y utilizando los medios que consideran más adecuados”.<sup>1046</sup> Y en ese sentido, señalan ante la relación entre este derecho y la libertad de empresa, que “debería ser obvio que las agrupaciones de personas constituidas para desarrollar una actividad económica están protegidas por el mismo derecho, y que por tanto, estamos ante un caso de concurso ideal entre ambas libertades y de aplicación simultánea de ambos derechos”<sup>1047</sup>.

En tal sentido, es completamente legítimo que, en virtud de este derecho, las personas se agrupen para crear organizaciones cuyo fin último sea la práctica o el desarrollo de actividades económicas, de las que en consecuencia se generen beneficios de tal naturaleza. Las empresas, y sus titulares, entonces pueden ampararse en ambos derechos, para controlar mediante la protección del Estado, las actividades económicas que realicen y los actos con los que constituyan estas asociaciones para alcanzar sus propósitos.

Por tanto, que la libertad de empresa se ejercite en cooperación con otras personas supone que en el desarrollo de una empresa colectiva se vean implicados tanto el derecho a la libertad de empresa como el derecho de asociación. Por la misma naturaleza del derecho que estudiamos, es completamente válido que dentro del mercado, se busque que la libre iniciativa privada se desarrolle cada vez menos por individuos y mucho más por asociaciones de personas ya sean jurídicas o naturales,

---

<sup>1046</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, Madrid, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, 2003, p. 19.

<sup>1047</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A., Águila Real, *Art. 38*, ob. cit., pp. 984 y ss.

que dentro del mercado sean capaces, gracias a su asociación, de producir más capitales y poder de mercado<sup>1048</sup>.

Sobre este asunto, Cidoncha aclara que es la sociedad que ejerce la libertad de empresa, y no el socio, que es parte de la sociedad, de modo que la actividad empresarial se le imputa a la sociedad, cuya libertad de auto organizarse está orientada a la consecución de la libertad de organizar actividades con miras a la producción de bienes y servicios para el mercado<sup>1049</sup>.

La conexión que existe entre estos dos derechos es tan común en la actualidad, y cuya importancia se vuelve cada vez más significativa, que la intervención de los Estados mediante la legislación es tal, que puede derivarse en ciertas ocasiones, en límites tanto de la libertad de empresa como del derecho de asociación<sup>1050</sup>.

A este respecto, en el capítulo próximo, estudiaremos el caso concreto de las *concentraciones*<sup>1051</sup>, en donde la agrupación de empresas a través de acuerdos, fusiones o la dependencia de participación de las acciones a una empresa, holding, trust, cártel, etc. Las cuales disminuyen o incluso eliminan la libre competencia en un sector de la economía, produciendo alteraciones del mercado libre que se denominan situaciones

---

<sup>1048</sup> Cfr. M. Correa Henao, "*Libertad de Empresa en...*", ob. cit., p. 539.

<sup>1049</sup> *Ibíd.*

<sup>1050</sup> Consideramos válida la opinión al respecto de Parejo Alfonso, cuando manifiesta que: "En las complejas sociedades actuales la Administración pública tiene una posición y función claves en la suma de poderes constituidos que es el Estado, cualquiera que sea la caracterización constitucional de éste. De ahí la trascendencia del control y, en particular, del control jurídico, pleno y externo, cumplido precisamente por el poder judicial, de la actuación, normativa y no normativa, de aquélla. Cfr. L. Parejo Alfonso, *La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español*, REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Año 2004. p. 1.

<sup>1051</sup> Gracias a la STC 208/1999, F.J. 3, de fecha 11 de noviembre, el control de las concentraciones de empresas, por parte del Estado, tuvo lugar en virtud de la Sentencia, que establece la constitucionalidad de la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Manifestando: "se regulan las concentraciones de empresas, estableciendo un procedimiento de control de estas operaciones, pues si bien pueden constituir un factor de dinamismo y racionalización del mercado, también pueden ser, en contrapartida, cauces para falsear la libre competencia desde una posición dominante en el mismo".

de competencia imperfecta, oligopolio o incluso monopolio. Y que en virtud de ello, representa una limitación al desarrollo de la libre iniciativa privada<sup>1052</sup>.

Claramente, este tipo de limitaciones representan una intervención de los poderes públicos, que es necesaria para el eficaz desarrollo de las actividades comerciales, ya que establecen los parámetros de actuación de los titulares de las empresas, en aras de proteger el interés común, porque la intervención del Estado en la economía, busca precisamente el menor conflicto constitucional en la regulación, en la legislación y limitación de los derechos, y en definitiva un estricto control de constitucionalidad de estas libertades.

Actualmente, para poder competir en la evolución del mercado y economía actuales, un empresario individual tendrá desventajas a la hora de reunir capitales y demás condiciones que se requieren para participar en las actividades propias del mercado y globalización en que vivimos, de modo que podemos afirmar que las sociedades mercantiles<sup>1053</sup> son hoy por hoy, un instrumento imprescindible en la economía de mercado, e incluso existen sectores importantes, para los que el legislador exige una forma societaria determinada, como la banca, los seguros, o la seguridad privada.<sup>1054</sup>

Asimismo, las fundaciones que recoge la Ley 50/2002, de 26 de diciembre<sup>1055</sup>, permite a las mismas el desarrollo de actividades de tipo económico, reconociendo la participación en el capital social de las mismas, de sociedades mercantiles.

---

<sup>1052</sup> La correcta y efectiva organización de la empresa es un factor indispensable para el empresario, será importante ver cómo todos los elementos que hacen parte de esa organización, son a la vez, elementos de la libre iniciativa privada dentro del marco de la libertad de empresa. Y es necesario comprender sobre los elementos que hacen parte de la organización empresarial; tales son: la determinación de la forma jurídica en que se va a constituir, la definición de su estructura interna, la asignación del nombre e incluso la ubicación de su domicilio.

<sup>1053</sup> Las cuales están en constante cambio, que se encuentran reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. B.O. E. N° 82 de fecha 4 de abril de 2009 Sec. I., p. 31928

<sup>1054</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa...*", ob. cit., p. 116.

<sup>1055</sup> Ley 50/2002, de fecha 26 de diciembre, de Fundaciones, B.O. número 310, de fecha 27 de diciembre.

Otro ejemplo de actividades empresariales por medio de personas jurídicas y reconocidas constitucionalmente, son las sociedades cooperativas, que el artículo 129.2 CE dispone, cuyo reconocimiento de la iniciativa privada, se encuentra desarrollado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, que establece el carácter empresarial de sus actividades<sup>1056</sup>.

García Vitoria, realiza un interesante análisis a partir de la diferenciación entre la protección constitucional entre las empresas dependiendo del tamaño y la forma en que adopten, concluyendo, que las empresas más grandes, serán controladas por la intervención del Estado mediante regulaciones más complejas, en donde existe una “mayor penetración del poder público”, en virtud de que en un marco de Estado social y democrático, los intereses empresariales y los intereses públicos deberán alcanzar un equilibrio mediante el Derecho<sup>1057</sup>; y por el contrario, las medianas y pequeñas empresas, gozan de un trato más favorable por parte de los poderes públicos.

De tal forma que podemos concluir, que la conexión entre el derecho de asociación y la libertad de empresa colindan con la intervención del Estado, a quien le reclaman protección, en función de la forma y características del ejercicio de la actividad empresarial que se haya adoptado, según la forma de asociación con las que esta actividad se desarrolle.

Y como podemos ver en la actualidad, pese a que las directrices impuestas por el legislador según el tamaño o las dimensiones que alcancen dentro del mercado las empresas, deberían ser más estrictas en cuanto más grande sea la empresa de que se trate, vemos que sucede lo contrario. De tal suerte que, si las empresas son grandes, la posibilidad de causar un efecto en el interés general será mayor, y en consecuencia,

---

<sup>1056</sup> Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, B.O. número 170, de 17 de julio de 1999.

<sup>1057</sup> *Ibidem*, pp. 118 y ss.

el legislador tendría que tener un mayor margen de regulación de parámetros para tutelar dicho interés general, y los límites impuestos a la libre iniciativa privada serían más amplios, respecto a las empresas más pequeñas.

Asimismo, es oportuno señalar sobre la relación entre estas dos libertades que si se limitan actividades propias de la libertad de auto organización de las sociedades, éstas deben reconocerse como limitaciones del derecho de asociación y no de la libertad de empresa, porque debe distinguirse entre “cuestiones que afecten a las relaciones societarias y cuestiones que afectan al ejercicio de la actividad económica”<sup>1058</sup>.

De forma que, para poder establecer la existencia de límites generados en consecuencia de la conexión existente entre ambos derechos, cuando se llevan a cabo las actividades propias de los mismos, al mismo tiempo, es imprescindible delimitar el ejercicio de los mismos, y distinguir si la realización de uno de ellos, cuando se ejercen en conjunto afectan al interés general, o a los intereses propios de la iniciativa económica privada, dentro del ámbito del mercado.

Por otro lado, en lo relativo al ámbito del Derecho comunitario<sup>1059</sup>, se tiene el caso de las fusiones, tal y como veremos en la última parte de este trabajo.

---

<sup>1058</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "Un Ensayo sobre la...", ob. cit., p. 5988.

<sup>1059</sup> Es el Derecho comunitario de sociedades el que se ocupa de sus fusiones tanto para armonizar los procesos de fusiones internas en los distintos Estados miembros (mediante la Tercera Directiva de Sociedades 78/855/CEE) como para establecer los requisitos, procedimientos y efectos de las fusiones transfronterizas de sociedades de capital establecidas en diversos Estados comunitarios. Estas fusiones transfronterizas pueden dar lugar a sociedades de estatuto supranacional o doméstico. Cfr. J. A. Tapia Hermida, *El régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) en la Unión Europea y en España*, en: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, N°. 20, 2008, pp. 8 y ss.

### 6.3. DERECHO DE LA PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

La relación existente entre la libertad de empresa y el derecho a la propiedad<sup>1060</sup> es evidente y específicamente estrecha. Según Paz-Ares y Águila-Real, la libertad de empresa se proyecta sobre el desarrollo de actividades económicas y el derecho de propiedad<sup>1061</sup>, reconocido en el art. 33 CE, sobre los activos producto del desarrollo de estas actividades<sup>1062</sup>. En mi opinión, la propiedad se encuentra proyectada desde el inicio y creación de la empresa y durante todo el desarrollo de las actividades de la misma, no únicamente en el producto que resulta de ellas.

En el presente estudio podemos observar incluso en la evolución histórica, cómo la libertad de empresa se encuentra íntimamente entrelazada con el derecho de propiedad, en capítulos precedentes veíamos que la libertad de industria y de comercio no tuvo un reconocimiento constitucional expreso hasta la Constitución de 1869, anteriormente era reconocida de forma indirecta como una manifestación de la libertad individual y como consecuencia de la protección de la propiedad privada<sup>1063</sup>.

Efectivamente, podemos observar que ambos derechos forman parte importante en el cambio de organización económica y social, producido entre los siglos XVIII y

---

<sup>1060</sup> La Constitución de Weimar, en la que se inspiró en parte la española de la II República en España, según la doctrina y que, con anterioridad, en el largo período liberal, con todas sus vicisitudes y etapas, a propósito de la relación entre estos dos derechos constitucionales, puede decirse que sólo se incluía en la Constitución el derecho a la propiedad privada, pues la libertad de actuación económica de los particulares se consideraba implícita en la libertad individual general. Cfr. E. Alberti Rovira, *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº. 14, 1993, p. 41.

<sup>1061</sup> Artículo 33. CE: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes.

<sup>1062</sup> Cf. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "*Un Ensayo sobre la Libertad...*"; ob. cit., p. 13.

<sup>1063</sup> No obstante, se trata de un derecho de carácter "individual", vale destacar que: Un derecho individual es exclusivamente un medio para un bien colectivo. Una tal relación supone, por ejemplo, quien considera que el derecho a la propiedad es simplemente un medio para la obtención de la productividad económica. Cfr. R. Alexy, "*Teoría de los Derechos...*", ob. cit., p. 110.

XIX. En donde el derecho a la propiedad llevó a la generalización de la libre disposición de los bienes, mientras la libertad de industria y comercio impulsó la eliminación de trabas de acceso al mercado.

En estos dos casos se les atribuye a los particulares la responsabilidad en la asignación de los recursos económicos.<sup>1064</sup> Al respecto tenemos que por una parte, la actividad empresarial genera activos patrimoniales que son utilizados por su titular para desarrollar y enfrentar las necesidades de la misma. Y por otra, la propiedad de capital y otros bienes productivos constituyen un requerimiento o exigencia para poder iniciar y sostener una actividad empresarial.

Mientras que el derecho de propiedad protege al conjunto de bienes con valor económico que componen la empresa, las maquinarias, mercancías, nombre comercial, patentes, etc., la libertad de empresa protege la acción comercial<sup>1065</sup> que es llevada a cabo por sus titulares.

Las características comunes que se pueden mencionar entre ambos derechos son muchas, partiendo sobre todo de la inserción de ellos en el sistema económico establecido y de las condiciones que a ambos se les imponen en virtud de la protección del interés general en el Estado social de derecho<sup>1066</sup>. Se trata de dos derechos cuya regulación legislativa es amplia y recae en diversos fines económicos, a la vez que se ajusta a la actividad económica específica de que se trate.

El Tribunal Constitucional español, en la STC 111/1983, ha destacado que “el derecho de propiedad (...) aparece regulado en el artículo 33 (CE), donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional

---

<sup>1064</sup> Cfr. I. García Vitoria, “*La libertad de empresa...*”, ob. cit., p. 106.

<sup>1065</sup> Cfr. F. Rey Martínez, *La propiedad privada en la constitución española*, BOE y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. p. 276.

<sup>1066</sup> Sobre todo, en relación a que ambos derechos son considerados en la doctrina como piezas básicas de los derechos con proyección económica, pero también. E. Alberti Rovira, “*La Constitución económica de 1978...*” ob. cit., pp. 128 y 129.



y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo<sup>1067</sup>. Lo anterior se entiende, de manera que vemos en el propietario la misma facultad que tiene el empresario para acceder al derecho, en su caso, aquél, tiene el derecho de acceder a la propiedad, y una vez que la ha obtenido, tiene derecho para contar con las herramientas jurídicas para su protección; para lo que requiere el empleo de medidas propias de la economía de mercado, y una vez reconocidas por el ordenamiento jurídico, el individuo pueda apropiarse bienes e incorporarlos a su patrimonio<sup>1068</sup>.

Y de la misma forma que la libertad de empresa, el marco legislativo que reconoce al derecho de propiedad, tiene un ámbito de protección que se somete al interés general, tal y como lo ha dado a entender el Tribunal Constitucional en su STC 37/1987<sup>1069</sup>, de manera que ambos se reconocen como derechos de carácter individual o propios de la iniciativa privada, pero como una estrecha obligación por parte del Estado a salvaguardar el interés colectivo en el ejercicio de ambos<sup>1070</sup>.

En ese sentido, la misma sentencia declara que el contenido esencial del derecho de propiedad privada, “(...) comprende las facultades de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa objeto del dominio, sin más limitaciones que las que, en virtud de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución), sean impuestas por la Ley y consideradas razonables por la sociedad”.

---

<sup>1067</sup> STC 111/1983, F.J. 6, de fecha 2 de diciembre de 1983.

<sup>1068</sup> Cfr. M. Correa Henao, “*Libertad de Empresa en...*”, ob. cit., p. 547.

<sup>1069</sup> La STC 37/1987, F.J. 2, de fecha 26 de marzo de 1987, establece: “La Constitución reconoce un derecho 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”.

<sup>1070</sup> En relación a dicho interés colectivo, se sostiene que la función social afecta, al contenido objetivo de la libertad de empresa y la propiedad. Ya que la Constitución, en efecto, no pone a su servicio medios directos de protección subjetiva, sino tan solo de protección objetiva. Cosa que, no quiere decir que el derecho a la propiedad y la libertad de empresa carezcan de una posibilidad de defensa subjetiva, pues la Constitución les atribuye expresamente eficacia directa y por tanto encomienda su tutela a los tribunales ordinarios. Cfr. E. Alberti Rovira, “*La Constitución económica de 1978...*” ob. cit., pp. 148 y ss.

Ahora bien, si nos referimos a la conexión de ambos derechos derivada de la interrelación de ambos, es preciso que destaquemos su interacción en el ejercicio de las actividades económicas dentro del mercado, para producir una empresa, es preciso un capital<sup>1071</sup>, excepcionalmente se podrá dar origen con un capital nulo, o como señala Cidoncha, basta con que tenga poder de disposición sobre los bienes de la empresa o los medios de producción en virtud de un título jurídico suficiente<sup>1072</sup>, de forma que el empresario que quiera acceder a la creación de una empresa, deberá contar con un patrimonio, por escaso que éste sea, y en consecuencia, si la empresa permanece en el mercado, se presupone innegablemente, que ha acumulado bienes, que ha adquirido derechos patrimoniales, ya sean materiales o inmateriales<sup>1073</sup>.

No obstante, para el caso contrario, cuando una empresa, que tiene un determinado tiempo de encontrarse ejerciendo actividades empresariales en el mercado, y que determina a través de la quiebra, su incapacidad de continuar, es decir, que deja de ser competitiva, porque su pasivo se ha incrementado, reporta una clara disminución o pérdida de capital que le impide continuar su oferta en el mercado. Por tanto, podemos compartir la afirmación de que la libertad de empresa requiere de la propiedad, necesita de un capital para su creación y para su sostenimiento<sup>1074</sup>.

Asimismo, es válido destacar que en la relación entre estos dos derechos, aunque se encuentren conectados dentro del ejercicio de las actividades económicas, también guardan sus diferencias y que es preciso delimitarlas, para su análisis, dentro del sistema de mercado en el que se desenvuelven; en virtud de lo cual, se establece que

---

<sup>1071</sup> Al respecto, cabe hacer notar que al referirse al "interés social", el legislador se refiere a las Sociedades mercantiles, en la Ley de Sociedades Anónimas, por ejemplo, se refiere a las aportaciones de capital, de la empresa que, a su vez, son los que puede ser expropiados más fácilmente por las actuaciones de los agentes de la misma. Cfr., J. Alfaro Águila-Real, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, p. 18.

<sup>1072</sup> Cfr. A. Cidoncha, "La Libertad de Empresa..."; ob. cit., p. 209.

<sup>1073</sup> Una tal relación supone, por ejemplo, quien considera que el derecho a la propiedad es simplemente un medio para la obtención de la productividad económica. Cfr. R. Alexy, "Teoría de los Derechos...", ob. cit., p. 110.

<sup>1074</sup> *Ibid.*

en la sociedad económica actual, el derecho de propiedad no basta “para asegurar un sistema económico eficaz y libre”,<sup>1075</sup> lo que se entiende, al analizar las actividades económicas que corresponden a una empresa, y que operan en el mercado, si pueden prescindir del derecho de la propiedad, si el fin de ésta no conlleva a la productividad, y cuando se invoca el amparo de los poderes públicos, sobre estos derechos, es posible distinguir el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

El Tribunal Constitucional español, mediante la Sentencia 17/1990, establece un parámetro de distinción en la protección de estos derechos, de forma tal, que se distingue y se reconoce a la libre iniciativa económica independientemente del derecho de la propiedad. Conforme el cual, las situaciones protegidas por uno y otro derecho difieren. La libertad de empresa se invoca habitualmente en aquellos casos en los que el legislador decide que un determinado bien se preste en régimen de servicio público – porque "(...) se ha dicho que la declaración de una determinada actividad como servicio público no resulta incompatible con el derecho amparado por la libertad de empresa que sanciona el art. 38 de la Constitución, (...)"<sup>1076</sup>, de forma que se condiciona el ejercicio de la iniciativa privada a la obtención previa de una autorización administrativa o que los poderes públicos fijan el precio o la producción de una mercancía.

La invocación del derecho de propiedad suele estar relacionada con las condiciones de apropiación, con la potestad expropiatoria o con la obligación del propietario de soportar determinadas cargas sobre su patrimonio. En la mayoría de las ocasiones en

---

<sup>1075</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, *“La libertad de empresa en la Constitución”*, en Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, coord. Por J. L. Iglesias Prada, Civitas, Madrid, 1996, p. 433.

<sup>1076</sup> STC 17/1990, F.J. 8, 9 y 17, de fecha 7 de febrero de 1990. Que sostiene: "La declaración de servicio público no incide directamente en la propiedad de los bienes -conducciones e instalaciones-, sino en el ejercicio y desarrollo de la actividad servicial prestada hasta entonces por los particulares. La declaración de servicio público y la asunción de la titularidad del mismo por la Administración elimina la libre iniciativa económico-privada, pero tal eliminación, en rigurosos términos, no supone necesariamente la privación de los elementos patrimoniales que posibilitaban el ejercicio de la actividad".

las que los recurrentes invocan conjuntamente la vulneración de ambos derechos, es posible distinguir el ámbito de aplicación de cada una de estas libertades<sup>1077</sup>.

De igual manera, debemos destacar que el derecho a la propiedad se debe delimitar bajo la idea del núcleo común del derecho de la propiedad, señalado por la Sentencia 37/1987, del Tribunal anteriormente referido, que establece que son la utilidad y la función social<sup>1078</sup>, las que determinan el contenido del derecho de propiedad, sobre cada tipo de bienes. De modo que se debe delimitar al derecho de propiedad, para determinar para cuál derecho específicamente buscamos una protección por parte de los poderes públicos<sup>1079</sup>.

---

<sup>1077</sup> Cfr. I. García Vitoria, *La libertad de empresa en la carta (artículo 16 CDFUE)* en: García Roca, J., y Fernández Sánchez, P.A., (COORDS.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 6.

<sup>1078</sup> STC 37/1987, F.J. 2, de fecha 26 de marzo de 1987, que declara: "Ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el art. 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 del propio Texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial, en lo que discrepan los recurrentes y los demás comparecidos en el presente recurso". y luego continúa: " la referencia a la *función social* como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que 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 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. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes".

<sup>1079</sup> Cfr. M. Aguilera Vaqués, *Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (regulatory takings v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)*, en: *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008, vol. 2, pp. 939-364.

## 6.4. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL MEDIO AMBIENTE

Las múltiples y diversas preocupaciones que actualmente aquejan al mundo entero en torno a los problemas y deterioros que presenta el plantea en cuanto al medio ambiente<sup>1080</sup> se refiere, es un tema conocido por todos los ámbitos de estudio<sup>1081</sup>. En este apartado pretendemos mostrar las limitaciones que tiene el derecho a la libertad de empresa en virtud de uno de los intereses generales que más inquietudes está generando entre los Estados y en todas las sociedades, límites que alcanzan no sólo un nivel constitucional para poder amparar el medio ambiente, sino que va más allá de los ordenamientos jurídicos<sup>1082</sup>.

En definitiva, armonizar el medio ambiente y el desarrollo económico, significa una protección del primero, incorporándolo en los procesos de desarrollo, en la aplicación de los modelos económicos, en las actividades públicas y privadas y en consecuencia en las normas que regulan dicha protección<sup>1083</sup>.

---

<sup>1080</sup> Así, la Constitución española lo incorpora en su Artículo 45, 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

<sup>1081</sup> Aunque no existen criterios fijos y definitivos para determinar cuántos y cuáles son los derechos sociales. En todo caso, sí parece haber cierta coincidencia a la hora de identificar derechos sociales con prestaciones de los poderes públicos o, en general, con intervenciones de éstos dirigidas a promocionar el bienestar de todos los ciudadanos, reducir las diferencias económicas y de oportunidades existentes entre ellos y, en definitiva, facilitar que puedan ejercer sus derechos de forma real y efectiva. En este orden, la Carta de los Derechos Fundamentales, incorpora entre estos derechos, el derecho a la protección del medio ambiente –art. II-97-.

<sup>1082</sup> Al respecto, y en el sentido del Derecho comunitario, Ya desde 1985 se impulsó el ACTA UNICA, la primera gran reforma del Tratado de Roma que supuso un avance decisivo en la eliminación de trabas al comercio intracomunitario, en la adopción de medidas sobre medio ambiente y protección de los consumidores y en la apertura de la comunidad a otros ámbitos de la vida social (política, exterior, defensa, etc.). Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: *Política y sociedad*, N° 29, 1998, p. 10

<sup>1083</sup> Cfr. D.J. Vera Jurado, *Evolución e integración de la perspectiva ambiental en la legislación y su influencia en el ámbito local*, en: *Revista Jábega*, N° 91, año 2002, Málaga, p. 76.

La más reciente de las preocupaciones<sup>1084</sup> sobre el medio ambiente reside precisamente en un factor que según expertos ha sido ocasionado, entre otras causas, por el mal uso de los recursos naturales, nos referimos al *cambio climático*, y entendemos sobre el tema, que el *clima* es un campo de investigación complejo y en rápida evolución debido a la gran cantidad de factores que intervienen. El clima de la Tierra no es inmutable, a raíz de alteraciones en el balance energético, está sometido a variaciones en todas las escalas temporales, desde decenios a miles y millones de años.

El *cambio climático* se define como la variación global del clima de la Tierra. Esta variación tiene su origen en causas naturales y también en la acción del hombre y se produce a muy diversas escalas de tiempo y sobre el conjunto de parámetros climáticos reflejados en variables como la temperatura, precipitaciones y nubosidad<sup>1085</sup>.

Sin embargo, lo que nos es realmente importante, en nuestro estudio, es destacar las medidas constitucionales que se han señalado como un medio para poder hacer frente a esta problemática, señalar cuales son los parámetros de actuación ante todos los ciudadanos que han sido impuestos por los poderes públicos, en busca de soluciones que garanticen frenos a esta realidad, pero que al mismo tiempo garanticen el potencial productivo del ecosistema en armonía con los intereses

---

<sup>1084</sup> Estas preocupaciones tienen su origen en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente de 1972 en Estocolmo. Aquel primer concilio ecuménico-ecológico fue la señal de alerta sobre la realidad de una biosfera cada vez más afectada a causa de los deterioros inducidos por la especie humana. Lógicamente, después de la señal de alerta, vendría el diagnóstico, que se produjo en 1980, al publicarse el voluminoso estudio Global 2000, impulsado por el Presidente Carter desde la Agencia de Medio Ambiente de EE.UU. En el cual se demostró que todo el entorno (suelos, aire, agua, bosques y otros recursos naturales) estaba mucho peor de lo que se pensaba. Cfr. R. Tamames, *Sin alternativa a la globalización*, en: Revista de Economía Mundial 18, 2008, p. 134. Véase también: C. Doumbia-Henry y E. Gravel, *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 125, Nº 3, 2006, pp. 134 y ss.

<sup>1085</sup> Estrategia Valenciana para el cambio climático 2008-2012, 125. Medidas para la mitigación, y adaptación al cambio climático.

propios de la economía, garantizando a todos, un acceso equitativo a los recursos no renovables, de tal forma que se tutele la viabilidad ambiental de futuro, en virtud del desarrollo sostenible y en conjunto con la intervención de los poderes públicos para el alcance del mismo<sup>1086</sup>.

Por su parte, en la Comunidad Europea<sup>1087</sup>, el artículo 2 del Tratado de Niza, dispone que ésta “tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes (...), un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, (...), un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros<sup>1088</sup>”.

Dicho *desarrollo sostenible* es sin duda un objetivo fundamental por alcanzar en la actualidad, en donde el principio de prevención debe constituir un principio básico a la hora de configurar y aplicar herramientas con carácter normativo, cuya finalidad es

---

<sup>1086</sup> A propósito, encontramos entre los servicios es el sector del medio ambiente, el cual ha permitido responder a la aspiración de una mejor calidad de vida en una sociedad de consumo. Se pueden mencionar aquí actividades tales como el tratamiento de los desechos, la protección del medio ambiente, la prevención de la contaminación, las economías de energía y la protección del patrimonio. Cfr. I. Martín Aranaga, “*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia- Reino Unido - España*”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante, pp. 31 y 32.

<sup>1087</sup> En ese sentido, menciona Muñoz García, que las medidas incorporadas en el Acta Única sobre medio ambiente o sobre protección a los consumidores —además de ser necesarias y convenientes por sí mismas— si no fueran homogéneas provocarían distintas estructuras, y costes empresariales de manera tal que en los Estados más exigentes en este tipo de medidas tendrían costes de producción más elevados que lo que tuvieran menos exigencias en esta cada vez más importante cuestión. La protección del medio ambiente— una armonización de legislación. *Ibíd.* p.13.

<sup>1088</sup> La fallida Constitución europea abarcaba en el art. I-3, un espacio para estos temas: destacando como objetivos de la misma: " La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente (...)". Cfr. F. Balaguer Callejón, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 2, 2004, pp. 72 y ss.

la protección del medio ambiente<sup>1089</sup>. Asimismo, deben compenetrarse técnicas preventivas y represivas, dentro de las que se incluyen investigación, la enseñanza, la actividad de policía o de vigilancia, fomento e intervención directa; así como también la responsabilidad administrativa, civil y penal<sup>1090</sup>.

Y siguiendo esta clasificación de las normas ambientales, se pueden incluir las estrictamente funcionales, haciendo una distinción entre instrumentos jurídicos públicos y privados, en función de las disciplinas origen de las mismas. Aunque destacan los instrumentos de intervención administrativa. Así también, puede contarse con las técnicas de tutela del medio ambiente instrumentos originarios y derivados, es decir, normativas ambientales o importadas de otras disciplinas<sup>1091</sup> ya que en el ámbito de protección al medio ambiente, se pueden encontrar normas que abarcan tanto técnicas procedentes del Derecho Administrativo general, como del derecho penal, procesal civil y tributario<sup>1092</sup>.

En ese mismo orden de ideas, y para el caso que hoy nos ocupa, la Comisión Europea ha realizado diversos estudios de tipo económico, investigando recientemente el coste que para Europa tendrían los efectos del cambio climático<sup>1093</sup>. Según la Comisión Europea renunciar a combatir el cambio climático tendría un

---

<sup>1089</sup> Tal y como lo declaraba el Acta Única, formular la definición de los objetivos de la Unión, entre los que destacan: "(...) un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y mejora del medio ambiente, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros (...)". Cfr. G. Maestro Buelga, "*Constitución económica e...*", ob. cit., p.53.

<sup>1090</sup> Existen a este respecto, reiteradas resoluciones emitidas por la Asamblea General de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), que se refieren al tema, en virtud de la protección del medio ambiente, sancionando incluso en un acto de terrorismo, los daños ocasionados al medio ambiente. Así, las Resolución A/RES/51/210, de fecha 16 de enero de 1997, en la que se estableció un Comité Especial sobre terrorismo, que incluía un apartado sobre "daños criminales (...) con la intención de causar daños importantes a la propiedad o al medio ambiente".

<sup>1091</sup> Cfr. I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004, pp. 71 y ss.

<sup>1092</sup> *Ibidem*.

<sup>1093</sup> Studies on Economic Aspects of Climate Change. European Commission, [en: http://ec.europa.eu/environment/climat/studies.htm](http://ec.europa.eu/environment/climat/studies.htm)



coste elevadísimo para Europa. El estudio económico que acompaña el informe de la Comisión Europea sobre la nueva política energética de la UE, presentado a principios de 2007, prevé una catástrofe económica si no se actúa en los diversos campos de acción -mitigación y adaptación- para poder adaptarse o mitigar el cambio climático<sup>1094</sup>.

La Constitución española por su parte, establece un mandato a los poderes públicos, para desarrollar una política de protección al medio ambiente, de dicho mandato, podemos entender que las actuaciones encaminadas a la protección del medio ambiente se deben desarrollar en concordancia con los principios de colaboración, cooperación y coordinación de todas las autoridades administrativas, en virtud de encontrarse todas implicadas en la toma de decisiones respecto a las demandas ambientales en España, en donde las normas que buscan una clara y efectiva regulación de los contenidos el artículo 45 CE, buscan como finalidad la construcción de un conjunto normativo destinado a la protección ambiental<sup>1095</sup>.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, podemos encontrar en diversas ocasiones, manifestaciones de intervenciones públicas en el ámbito de los derechos económicos, cuya justificación se basa en la lucha por alcanzar objetivos propios del medio ambiente, un clásico ejemplo es el de la STC 227/1988, en la que se destaca la preservación del ciclo hidrológico por encima de cualquier otro interés económico<sup>1096</sup>. Así, el Tribunal declara: "(...) que el “agua” es un “recurso esencial”,

---

<sup>1094</sup> *Ibíd.*

<sup>1095</sup> La libertad de empresa sienta sus bases, contenido y limitaciones en el Estado Social de Derecho. En virtud de esto, la libertad de empresa siempre deberá interpretarse y llenarse de contenido con fundamento en la prevalencia del interés general sobre el particular, la protección al medio ambiente.

<sup>1096</sup> STC 227/1988, F.J. 14, de fecha 26 de noviembre de 1988. En ese mismo sentido, la STC 102/2012, F.J. 5 de fecha 8 de mayo de 2012, que señala: siendo responsabilidad del Estado no sólo la de definir legislativamente el dominio público estatal, sino también la de establecer, por mandato constitucional, su régimen jurídico (SSTC 46/2007, de 1 de marzo, FJ 12; y 149/2011, de 28 de septiembre, FJ 7). Y ello porque debe entenderse incluida tanto “en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8 de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su

de carácter “unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico)”, de manera que “corresponde al legislador estatal en exclusiva la potestad para excluir genéricamente del tráfico jurídico privado las aguas continentales, consideradas como un género de bienes naturales o un recurso natural unitario, y para integrarlas en el dominio público del Estado”.

Tal y como lo ha manifestado el mismo Tribunal, el medio ambiente “no puede reducirse la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno”. Asimismo, se señala que el medio ambiente es un concepto cuyo origen ha “nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro”<sup>1097</sup>. Esto se explica, si observamos el carácter interdisciplinar del medio ambiente, que conlleva a la unidad de todos los derechos, bienes jurídicos y demás elementos que integran al ordenamiento jurídico.

De esta forma, se destaca que el interés de los poderes públicos de prohibir determinadas formas de ejercicio de la iniciativa económica privada para preservar el medio ambiente resulta indiscutible, y estos límites a la libertad de empresa pueden tener su origen en la protección de intereses muy diversos, sin embargo, el estudio de

---

propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1 de la Constitución” STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 21 d). Ello sin perjuicio, claro está, “de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía”.

<sup>1097</sup> STC 102/1995, F.J. 7, de 26 de junio de 1995, en el que declara: "El medio ambiente, tal y como ha sido descrito, es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro. Si este no se hubiera presentado resultaría inimaginable su aparición por meras razones teóricas, científicas o filosóficas, ni por tanto jurídicas. Los factores desencadenantes han sido la erosión del suelo, su deforestación y desertización, la contaminación de las aguas marítimas, fluviales y subálveas, así como de la atmósfera por el efecto pernicioso de humos, emanaciones, vertidos y residuos, la extinción de especies enteras o la degeneración de otras y la degradación de la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola, la contaminación acústica y tantas otras manifestaciones que van desde lo simplemente incómodo a lo letal, con una incidencia negativa sobre la salubridad de la población en la inescindible unidad psicosomática de los individuos(...)"

los mismos, se centra concretamente en las intervenciones que tienen su fundamento en la protección y conservación del medio ambiente<sup>1098</sup>.

En definitiva, se trata de limitar el ejercicio de la libertad de empresa mediante normas que no permitan el avance del deterioro del medio ambiente en virtud de decisiones propias de la libre iniciativa económica, además, es preciso tener muy presente, que las exigencias de carácter medioambiental, que se configuren como límites a la libertad de empresa, deben encontrarse, al menos en principio, plasmadas en normas jurídicas, y asimismo, en aras de alcanzar su plena eficacia, y asegurar los objetivos que éstas disponen, pueden sumarse a las exigencias legales “otras”<sup>1099</sup>, en la medida que las previstas, resulten insuficientes.

En este sentido, García Vitoria señala que el examen de los límites a la libertad de empresa se circunscribirá a las *prohibiciones absolutas*, a las que define como facultades de regulación de la Administración, lo que las distingue de otros instrumentos de intervención como la planificación, las reservas al sector público o la iniciativa económica pública. Este tipo de instrumentos legislativos, se encuentran a lo largo del ordenamiento español, tanto a nivel estatal como autonómico y al mismo tiempo, en el ámbito comunitario<sup>1100</sup>.

Asimismo, se tiene que, dentro de los límites impuestos a la libertad de empresa, en miras a la protección del medio ambiente, está la *Intervención limitativa de derechos*: la segunda nota que caracteriza a las prohibiciones absolutas es que se encuentran comprendidas dentro de las técnicas de limitación administrativa de derecho.

---

<sup>1098</sup> En España, tras haber iniciado el proceso de integración a la Unión Europea, se deben concretizar aspectos de interés público, como una *absorción comunitaria* de las finalidades económicas que deben orientar la actuación de los poderes públicos. Y la aparición de nuevas finalidades y demandas, que dan lugar a nuevas responsabilidades del Estado, en particular en materia de protección del medio ambiente y de *desarrollo sostenible*. Cfr. E. Alberti Rovira, "La Constitución económica de 1978..." ob. cit., pp. 145 y ss.

<sup>1099</sup> Cfr. M. Correa Henao, "Libertad de Empresa en el..." ob. cit., p. 790.

<sup>1100</sup> Cfr. I. García Vitoria, "Prohibiciones ambientales..." ob. cit., pp. 72 y ss.

García Vitoria, señala que el concepto de limitaciones administrativas de derechos recoge la variedad de herramientas que recaen sobre las condiciones de ejercicio del derecho sin modificar su naturaleza y que responden a la necesidad de amparar las libertades individuales<sup>1101</sup>, como la libertad de empresa, con otros derechos individuales y, sobre todo, con los intereses generales de la comunidad, por ejemplo, la protección del medio ambiente<sup>1102</sup>.

Dicha categoría de limitación administrativa de derechos engloba distintas formas de intervención en el ámbito de la libertad de empresa, es decir, una *estructura prohibitiva*, la estructura de la norma permite distinguir las prohibiciones absolutas por la existencia de un nexo de prohibición<sup>1103</sup>.

Con el fin de precisar qué son las prohibiciones absolutas, hay que distinguirlas de las autorizaciones administrativas. Es decir, verificar la *ausencia de excepción permisiva*, es posible dividir las prohibiciones en absolutas y relativas, esta clasificación consiste en la posibilidad de autorizar la realización de una conducta en principio prohibida tras llevar a cabo una actividad de control<sup>1104</sup>, mediante el instrumento de la autorización administrativa.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>1101</sup> *Ibidem*.

<sup>1102</sup> En ese sentido, la STC 227/1993, F.J. 4 E), de fecha 9 de julio de 1993: "(...) la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos".

<sup>1103</sup> Cfr. D.J. Vera Jurado, *Evolución e integración de la perspectiva ambiental en la legislación y su influencia en el ámbito local*, *en*: Revista: Jábega, N.º 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y medio ambiente en la provincia de Málaga (II) Saturnino Moreno Borrell, coord.), pp. 75 y ss.

<sup>1104</sup> Es por eso que el surgimiento de movimientos de iniciativa ciudadana en campos importantes, como las cuestiones locales, el medio ambiente, o los problemas sociales; se trata también del cuestionamiento más global, concebido no sólo como una competencia que puede arrebatar a los partidos políticos la iniciativa en el proceso de innovación. Cfr. J. Asensi Sabater, *Cultura y Constitución: Una propuesta cultural en la crisis* *en*: Revista de estudios políticos, N.º 35, 1983, p. 270.

Las normas que contienen prohibiciones absolutas excluyen determinadas formas de ejercicio de la actividad empresarial que se consideran nocivas o peligrosas para el medio ambiente, sin que exista la posibilidad de obtener una autorización administrativa. En cambio, en el caso de las prohibiciones relativas, el ejercicio de la libertad de empresa se condiciona a la obtención de un permiso de la Administración. Es posible obtener una autorización, porque la actividad que se pretende desarrollar se considera, en general, útil y beneficiosa, pero se quiere someter a una serie de controles<sup>1105</sup>.

Desde el punto de vista de la relación entre medio ambiente y libertad de empresa, debe señalarse que se tienen que ponderar las prohibiciones, ya que en el caso de las prohibiciones absolutas se excluye de forma incondicionada determinadas formas de ejercicio de la actividad empresarial, mientras que en las prohibiciones relativas es posible llevar a cabo lo proyectado obteniendo, si bien ajustándose a las condiciones de la autorización. Se puede encontrar en la legislación numerosos casos de prohibiciones ambientales que limitan la libertad de empresa<sup>1106</sup>.

## 6.5. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA IGUALDAD

Sobre la relación de la libertad de empresa y el principio de igualdad<sup>1107</sup>, es preciso partir desde el punto de vista del Estado en el que se desarrolla la libertad de empresa que estamos estudiando, es decir, a partir del Estado social, que es donde se

---

<sup>1105</sup> Por esta razón, la crisis actual hace que sea importante abordar problemas largo tiempo desatendidos como el de la conservación del medio ambiente, ente otros. Cfr. A. Sen, *Capitalismo más allá de la crisis*, en: El Viejo topo, N°. 255, 2009, pp. 22 y 23.

<sup>1106</sup> Cfr. I. García Vitoria, "Prohibiciones ambientales y...", ob. cit., pp.75 y ss.

<sup>1107</sup> En la jurisprudencia alemana, encontramos que el "principio de igualdad prohíbe tratar en forma desigual lo esencialmente igual y ordena tratar desigualmente lo esencialmente desigual de acuerdo con sus particularidades. De ahí que, en principio, sea asunto del legislador elegir aquellos casos a los que aplique las mismas consecuencias jurídicas que, por lo mismo, considere jurídicamente iguales. El legislador debe, efectivamente, llegar a una elección adecuada". Cfr. BVerfGE 53, 313 (329).

desenvuelven las actividades económicas, dentro de un marco que la misma Constitución establece, el de la economía de mercado, como lo hemos visto a lo largo de este trabajo. De tal manera que dicho Estado se convierte en el concepto esencial, en la columna vertebral de cualquier interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico.

Así, el Estado social<sup>1108</sup> se vuelve determinante en el análisis no sólo de la Constitución económica, y dentro de ésta a la libertad de empresa, sino también en el análisis de normas de derechos constitucionales, y en su relación con los principios sociales y económicos, o con los derechos e intereses de tipo colectivo, bienes jurídicos, así como las disposiciones de competencias y habilidades de los poderes públicos, en síntesis de todo el sistema jurídico, en su integración ya sea de carácter público o privado<sup>1109</sup>.

De forma que encontramos una dicotomía entre estos dos derechos garantizados, a saber: uno responde a la iniciativa privada, y el otro es un principio inminentemente público, pero que en este apartado trataremos de entender cómo surge la relación y la interdependencia entre ambos.

En primer lugar, debemos destacar que el Estado social de derecho<sup>1110</sup>, por sí mismo, constituye un mecanismo de control de la desigualdad, y se despliega en la obligación de los poderes públicos, por encontrar las medidas que resuelvan conflictos de

---

<sup>1108</sup> Cfr. W. Abendroth y otros, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 11-42.

<sup>1109</sup> En este sentido, la STC 18/1984, F.J. 3, de fecha 7 de febrero de 1984, el Tribunal Constitucional español, resuelve sobre la definición de la naturaleza pública o privada de una caja de ahorro, y en virtud de ello, apela al art. 1.1 CE, porque a su juicio "está afirmando un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental de nuestra época y que trasciende a todo el orden jurídico". Y en consecuencia afecta no sólo al Estado, sino a toda la " trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos -especialmente de los de contenido patrimonial, como el de propiedad (...)".

<sup>1110</sup> Cfr. M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española", en Obras Completas (II), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1655-1663.

desigualdades, en torno a problemáticas sociales, jurídicas, económicas y políticas; o en palabras de Correa Henao: “la noción de igualdad es la herencia jurídica por antonomasia del Estado social de derecho”<sup>1111</sup>.

A este respecto, se debe tener claro que es el interés general, el que originará las limitaciones de las diversas libertades en el contexto social, ya que la intervención del Estado siempre velará para que los intereses colectivos no se vean bajo ningún caso en circunstancias de perjuicio por el desarrollo de la libre iniciativa privada.

Aunque, es válido hacer notar que, a este respecto, la realidad nos indica una situación contraria, vista desde el punto de vista de las desigualdades materiales que se pueden observar en el funcionamiento de las actividades empresariales en los Estados actuales. En los países en vías de desarrollo, por ejemplo, a menudo existe un escepticismo profundamente arraigado sobre la fiabilidad y la calidad moral del comportamiento económico. Esto puede estar dirigido tanto a empresarios locales como a agentes comerciales del extranjero, dentro de los que destacan algunas multinacionales y su desigual poder a la hora de tratar con países más vulnerables, que ha dado motivos para sospechar, sobre la verdadera eficacia de las normas que velan por el interés general, y ciertamente una vía para llevar a cabo estas negociaciones, sería la de establecer principios firmes de ética empresarial<sup>1112</sup>.

En definitiva, la libre iniciativa económica encuentra limitaciones en una mayor o menor intervención del Estado, dependiendo de las exigencias del sistema de organización social y del sistema económico de libre mercado, en donde el Estado debe actuar, participando de las actividades empresariales como orientador y corrector de los derechos económicos y sociales<sup>1113</sup>.

---

<sup>1111</sup> Cfr. M. Correa Henao, “*Libertad de Empresa en el...*”, ob. cit., p. 110.

<sup>1112</sup> Cfr. A. Sen, *¿Tiene sentido económico la ética de los negocios?*, en: *Debates*, N° 77, 2002 (Ejemplar dedicado a: Nuevas formas de democracia económica), pp. 116- 127.

<sup>1113</sup> Cfr. A. Montoya Melgar, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario*, en: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2004, p. 128.

Al respecto, es imprescindible dirigir la mirada hacia la Constitución, cuyas normas con proyección económica no sólo se construyen partiendo de ciertos presupuestos ideológicos que implican también determinadas opciones económicas de principio, sino que además establecen “exigencias y límites”<sup>1114</sup>, que conllevan algunas opciones y excluyen otras.

Así, la Constitución de España, después de reconocer el Estado social en el art. 1 CE, hace referencia en el art. 9.2 CE a una de las finalidades y bienes con los que se concreta la fórmula que define a dicho Estado, se tiene entonces que " Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que *la libertad y la igualdad* del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Asimismo, el contenido del art. 10.1 CE, dispone parte de la definición del Estado social, cuando establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Y finalmente, el art. 14 CE, que declara: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Los anteriores, constituyen los preceptos nucleares del principio de configuración del Estado, que se concreta con las relaciones estrechas entre la libertad, la igualdad, y el funcionamiento de las instituciones al servicio del interés general<sup>1115</sup>.

Para el estudio de la conexión entre la libertad de empresa y el principio de igualdad, cabe destacar con especial énfasis, la garantía constitucional de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, que significan la orientación

---

<sup>1114</sup> Cfr. E. Alberti Rovira, *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. N.º. 71. Mayo-agosto 2004, p. 5.

<sup>1115</sup> Cfr. L. Parejo Alfonso, *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 81 – 87.



constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social, y que excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto del desarrollo de la economía, ya que no puede abandonarse a la mano invisible del mercado, la suerte de los ciudadanos<sup>1116</sup>.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español se ha manifestado en reiteradas ocasiones sobre la prevalencia del principio de igualdad material frente o respecto de la libertad, y la limitación de la libertad de empresa, como corolario de su calidad de derecho patrimonial<sup>1117</sup>, y en el mismo sentido, se ha pronunciado respecto a cuestiones de prevalencia de una norma u otra, en relación al carácter autonómico o estatal de la misma, invocando al principio de proporcionalidad, ejemplo claro es el de la STC 64/1990, en donde el Tribunal parte de un punto de referencia: la unidad de mercado, y establece que a pesar de la libre iniciativa privada que defiende el artículo 38 CE mediante el reconocimiento de la libertad de empresa, no se debe “considerar constitucionalmente inaceptable toda intervención económica”; en donde se trata de aplicar precisamente una especie de *test de proporcionalidad*<sup>1118</sup>, con el

---

<sup>1116</sup> Esta libertad, que se entiende tomando en cuenta la existencia de otros derechos y que, al mismo tiempo, se entiende garantizada y completa.

<sup>1117</sup> Un claro ejemplo del pronunciamiento del Tribunal Constitucional a este respecto, se encuentra en las Sentencias 11/1981, de fecha 8 de abril de 1981 y 88/1985, de fecha 19 de julio de 1985. La primera en la que el conflicto es originado por un Decreto regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, y se resuelven las cuestiones "(...) de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución). Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos. Puede el legislador introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho, siempre que con ello no rebase su contenido esencial". La segunda, resuelve sobre una nulidad radical, de despido laboral por violación del derecho del trabajador, recurrente en amparo, a expresar libremente sus ideas, y en virtud de la cual, el Tribunal declara: "Las manifestaciones de feudalismo industrial, repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)".

<sup>1118</sup> Es decir, deberá plantearse si la medida es proporcionada, si hay proporcionalidad entre los medios empleados (restricción de la libertad de circulación, por ejemplo) y los fines perseguidos, verificándose que se trata de una medida adecuada y no excesiva con el fin que se pretende.

cual se logre determinar si ha resultado legítima o ilegítima una afectación de la unicidad de mercado nacional<sup>1119</sup>.

De igual manera, el Tribunal Constitucional resuelve de conformidad a la STC 6/1984, en la que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad por considerarse que una norma del Estatuto de los Trabajadores, genera desigualdad de trato ilegítima, en virtud de que la extinción de las relaciones laborales se lleva a cabo de forma distinta, según se trate de una empresa con un número inferior a 25 trabajadores. En este caso, el Tribunal resuelve de conformidad a dos criterios, en primer lugar, establece que “la igualdad no comporta necesariamente un trato idéntico ante la ley, y en segundo lugar que la desigualdad es jurídica si está provista de una justificación objetiva y razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida”<sup>1120</sup>. Para el caso concreto, la desigualdad encontraba su justificación en la protección a las pequeñas empresas, que se encuentran en desventaja al verse más vulnerables respecto al principio de igualdad de los trabajadores y frente a la libertad de empresa.

---

<sup>1119</sup> La STC 64/1990, de fecha 5 de abril de 1990, resuelve sobre la validez de una norma autonómica, contra el art. 16 del Decreto 151/1984, de 13 de septiembre, de la Junta de Galicia que establece determinadas subvenciones para el traslado de industrias, manifestando en su F.J. 3: "De nuestra doctrina conviene recordar ahora que la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984, fundamento jurídico 3.º y 88/1986, fundamento jurídico 6.º, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 C.E.), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1, 149.1.1.º), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone".

<sup>1120</sup> La STC 6/1984, de fecha 24 de enero de 1984, cuyo F.J. 2, señala que "(...) ara determinar si se ha producido o no una vulneración del principio de igualdad, hemos de recordar en primer lugar la doctrina sentada por este Tribunal en relación al art. 14 de la Constitución a partir de su Sentencia 22/1981, de 2 de julio, fundamento jurídico tercero, en la cual se indicaba que el principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de transcendencia jurídica; y se añadía -siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos- que la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida".

De tal forma, que estas consideraciones forman parte de las potestades económicas y sociales del Estado social de derecho, y no pueden calificarse de contrarias a la Constitución, ya que justifican en virtud del mismo Estado social, una aplicación diversa al principio de igualdad<sup>1121</sup>.

Por otra parte, es oportuno señalar que, en la relación existente entre la libertad de empresa y la igualdad, destaca la distinción que el legislador debe hacer entre ambas, y recurrir a la segunda, cada vez que desarrolle su función de elaborar normas que regulen las actividades propias de la libertad empresarial.

Por ese motivo, se sostiene que todas las empresas deben disfrutar en la misma medida o en el mismo grado, de la libertad en razón de la clase a la que pertenecen<sup>1122</sup>, es decir, a partir de la diversidad de empresas y clasificaciones de las mismas que existen en el mercado, se conoce que las empresas se clasifican en la actualidad, entre otras razones, por el número de trabajadores que poseen, por la cantidad de capital que anualmente registran o del que tributan, por la cantidad de productos y servicios que son capaces de proporcionar en relación a la demanda de los mismos, el giro comercial al que se dedican, etc., y si sumamos esta diversidad, al complejo concepto de igualdad<sup>1123</sup>, encontraremos verdaderamente difícil, poder enmarcar a las libertades de tipo económicas a las demandas actuales del mercado y al mismo tiempo al interés general.

Asimismo, vale la pena que analicemos en qué medida la conexión de la libre empresa y el principio de igualdad garantiza que no se falsearán las condiciones de competencia en el mercado<sup>1124</sup>. No obstante, ampliaremos nuestro estudio en el capítulo siete, sobre la competencia; podemos hacer notar, que un claro ejemplo, del principio de igualdad que relacionamos en este apartado, es el caso de las empresas

---

<sup>1121</sup> Cfr. R. Alexy, "*Teoría de los Derechos...*", ob. cit., pp. 175 y ss.

<sup>1122</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, *La libertad de empresa en la Constitución*, en Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, coor. Por J. L. Iglesias Prada, Civitas, Madrid, 1996, p. 95.

<sup>1123</sup> Cfr. R. Alexy, "*Teoría de los Derechos...*", ob. cit., pp. 339 y ss.

<sup>1124</sup> Cfr. I. García Vitoria, "*La libertad de empresa:...*", ob. cit., p. 223.

multinacionales, que amparándose de sus propias características, utilizan su poder para alterar la distribución de recursos y oportunidades en beneficio de un grupo reducido y en perjuicio de la sociedad; que son ejemplos muy comunes de lo que sucede en países en vías de desarrollo con respecto a este tipo de empresas.

En definitiva, se tienen que revisar las actuaciones propias a la intervención de los poderes públicos, que alteren la igualdad de las empresas en el mercado, mediante controles jurisdiccionales, de manera que se justifiquen los fines para establecer límites al ejercicio de la libertad de empresa.

Se tienen que plantear los límites que justifiquen el mandato constitucional para los poderes públicos, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Sobre este asunto, el Tribunal Constitucional español ha señalado<sup>1125</sup> tres tipos de actuaciones capaces de obstaculizar el tráfico de industrias, y por ende, la unidad de mercado, en primer lugar, aquellas que “provoquen una modificación sustancial, geográfica o sectorial, del régimen de traslado en o para determinadas zonas del territorio nacional; las que generen barreras financieras en torno a alguna de ellas; o las que desvirtúen artificialmente, con el concurso de factores externos al mercado, la igualdad de

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>1125</sup> STC 64/1990, de fecha 5 de abril. Así, el Tribunal ha manifestado: " Así habrá de suceder cuando se provoque una modificación sustancial, geográfica o sectorial, del régimen de traslado en o para determinadas zonas del territorio nacional, se generen barreras financieras en torno a alguna de ellas o se desvirtúen artificialmente con el concurso de factores externos al mercado, la igualdad de medios y posibilidades de desplazamiento de las industrias que concurren en el mismo espacio económico. Y ello no sólo a través de medidas coactivas que directamente impongan trabas injustificadas a la circulación de industrias o a su desarrollo en condiciones básicas de igualdad, sino también mediante medidas de naturaleza graciable y acogimiento voluntario como ayudas, subvenciones u otro tipo de auxilios, que, en el marco de la actual Administración prestacional, adquieren, junto a su tradicional configuración como medios de fomento, promoción y protección empresarial, una innegable virtualidad de instrumentos de intervención económica, de los que puede llegar a hacerse un uso incompatible con las exigencias del mercado único, por propiciar, en mayor o menor grado, la disociación en ciertas zonas o sectores de reglas económicas que han de permanecer uniformes".

medios y posibilidades de desplazamiento de las industrias que concurren en el mismo espacio económico”<sup>1126</sup>.

El Tribunal destaca entre estas situaciones contrarias a la Constitución, aquellas que pueden colocar en desventaja a los titulares de las empresas, que residen en un determinado lugar de España, que los ponga en una situación clara de desventaja frente a los demás empresarios con quienes compite, de forma tal, que podemos concluir que en ocasiones, la posición de ventaja o desventaja que tengan las empresas dentro del mercado y respecto de la posición que les coloque estar en desventaja o en ventaja respecto de las demás empresas, es un elemento de la libre competencia, que determina la existencia de igualdad o no en relación con las actividades de la libertad de empresa que desarrollen<sup>1127</sup>.

Otro enfoque que podemos destacar en relación a la libertad de empresa y el principio de igualdad, es aquel que se suscita en relación la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres<sup>1128</sup> (LOIEMH), que hace alusión y nos recuerda que el artículo 14 de la Constitución de 1978, consagra el principio de igualdad, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>1126</sup> STC 96/2002, de fecha 25 de abril, F.J. 7, que declara: " (...), sobre las exigencias que la igualdad impone en la creación del Derecho - igualdad en la ley- existe una muy amplia doctrina de este Tribunal que puede sintetizarse ahora recordando que las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad con el fin así perseguido".

<sup>1127</sup> Siempre la STC 64/1990, F.J. 6: " (...) sino por cuanto, sin disociar territorialmente reglas económicas sustanciales ni obstaculizar la libre elección por la empresa del ámbito geográfico de la radicación, limita sus efectos a subvencionar, en la cuantía que se determine, los gastos en bienes de equipo que suponga el traslado, agotando aquí su incidencia sobre las condiciones de realización de la actividad industrial, que si en algo difieren en Galicia de las del resto de España, no será a causa de la ayuda ahora atacada, sino de las deficiencias estructurales que esa Comunidad padece y que, precisamente con las medidas instrumentadas en el Decreto 151/1984, trata de superar la Junta de Galicia".

<sup>1128</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, número 71 de 23 de marzo de 2007, pp. 12611 - 12645.

En él, se establece también la igualdad del hombre y la mujer, y sobre esa base partimos para afirmar que no puede existir ninguna discriminación en el terreno laboral, tanto en la promoción como en el salario, cuando hacíamos referencia a la relación de la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores, veíamos también la libre elección de profesión u oficio, entendiendo que el ser empresario es una elección de este tipo. Y en este caso, ser empresaria, debe serlo de la misma manera. Porque actualmente no se cuenta con un número paritario que demuestre la igualdad de la participación de las mujeres en la economía, tanto en el ámbito laboral, en la toma de decisiones políticas y en las direcciones de las empresas con un bajo número de mujeres al frente de las mismas.

Y aunque en los últimos años, las cifras han ido sumándose y los ordenamientos tanto comunitarios como estatales, también han ido en aumento, respecto a la creación de normas que pretenden la promoción de una participación más equitativa de hombres y mujeres en las actividades económicas, debemos reconocer que aún queda mucho por hacer.

## **6.6. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SALUD**

La conexión existente entre el derecho a la libertad de empresa y la salud<sup>1129</sup>, viene también relacionada con la cuestión del Estado social, pues ambas, pertenecen como derechos constitucionales, a este tipo de Estado. La salud pública, debe ser entendida dentro del parámetro de protección del interés general, cuya tutela requiere de una

---

<sup>1129</sup> Así, la Constitución de España, establece en su Artículo 43, 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

restricción justificada, de la libertad de empresa, en virtud de que es exigida por necesidades imperiosas de protección de sujetos que participan en el desarrollo y ejercicio de las actividades económicas, como en el caso de los consumidores o de los trabajadores, a quienes se les garantiza por medio del ordenamiento, la salud pública.

Al desarrollarse actividades económicas que pongan en riesgo la salud humana<sup>1130</sup>, es deber de los poderes públicos tutelar por la mismo. En ese sentido, la protección de los consumidores es un derecho que requiere también —como el medio ambiente— una armonización de legislación<sup>1131</sup>, así en la regulación de la protección de la salud como veremos más adelante.

Los fabricantes y distribuidores tienen la obligación de comercializar productos seguros y esto, sucede también en el ámbito comunitario<sup>1132</sup>, en el que los Estados miembros están obligados a establecer los medios de control necesarios. Las normas sobre composición, elaboración, conservación y envasado de productos alimenticios, medicamentos, cosméticos, etc., que tienen una influencia en precios y beneficios, tienden a evitar peligros para los ciudadanos y, eventualmente, beneficios irregulares<sup>1133</sup>.

Por otra parte, no sólo los consumidores se encuentran bajo la tutela de este derecho, también los trabajadores, mediante la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales

---

<sup>1130</sup> Cfr. D.J. Vera Jurado, *Evolución e integración de la perspectiva ambiental en la legislación y su influencia en el ámbito local*, en: Revista: Jábega, N.º 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y medio ambiente en la provincia de Málaga (II) Saturnino Moreno Borrell, coord.), p. 78.

<sup>1131</sup> Cfr. J. Muñoz García, *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N.º 29, 1998, pp. 13 y ss.

<sup>1132</sup> En ese sentido, el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) señala: Protección de la salud. Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

<sup>1133</sup> *Ibid.* p. 13.

de los Trabajadores<sup>1134</sup>, pretende establecer un modelo de relaciones laborales que garantice una serie de derechos de los trabajadores entre los que se pueden destacar los siguientes: libertad de asociación y negociación colectiva, no discriminación en el acceso al empleo, igualdad de trato en cuanto a las condiciones de trabajo, protección social a través de un sistema de seguridad social<sup>1135</sup>, *protección de la salud* y de la seguridad laborales, y protección de los niños<sup>1136</sup> y adolescentes<sup>1137</sup>.

De forma que entre los esfuerzos comunitarios que se llevan a cabo por la acción en defensa de los Derechos Humanos<sup>1138</sup>, hay que destacar la acción del Consejo de Europa en ámbitos de clara connotación social como *la salud pública* o protección

---

<sup>1134</sup> La Carta comunitaria de los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores adoptada en 1989 establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral. Estos derechos sociales representan un conjunto de principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE). El Tratado de Lisboa (artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la UE) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE retomaron las disposiciones de la Carta.

<sup>1135</sup> Otro claro ejemplo es la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la adopción de medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (DOCE L 348, de 28 de noviembre de 1992).

<sup>1136</sup> Así se tiene de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Artículo 32 sobre la Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo: Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

<sup>1137</sup> Muchos de estos derechos han sido desarrollados mientras se han dictado diferentes Directivas –o modificando ya existentes–, entre las que pueden señalarse la Directiva 96/97/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; la Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; la Directiva 89/391/CEE, que establece el marco de seguridad y salud laboral; o la Directiva 94/45/CE, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria.

<sup>1138</sup> Así, el 31 Artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) se expresa: Condiciones de trabajo justas y equitativas 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.



ambiental, siquiera porque éstas y otras cuestiones tratadas por el Consejo que no pueden desligarse, en última instancia, del desarrollo de la Democracia y de los Derechos Humanos<sup>1139</sup>.

En términos generales, el Consejo ha puesto mucho el acento en promover la cooperación social entre los Estados miembros<sup>1140</sup>, no obstante, es un esfuerzo dentro de cada país que debe ser sumado a la tutela y protección de la salud pública<sup>1141</sup>, aunque ello conlleve a limitar las actividades de la libre iniciativa privada<sup>1142</sup>.

De forma que cuando los Estados consideren que de alguna forma se transgreden estos derechos fundamentales, se está ante una excepción importante, prevista asimismo por el Tratado CE y por el Derecho derivado que afecta tanto a la libertad de movimiento como al ejercicio de actividades económicas de los ciudadanos comunitarios. En este sentido, se ha sostenido ya, que las nociones de orden público, *seguridad pública y salud pública*, se encuentran bajo la apreciación de cada autoridad nacional ya que, como es jurisprudencia reiterada, el Derecho comunitario

---

<sup>1139</sup> Un ejemplo de estos esfuerzos del Consejo es el Acuerdo Europeo relativo al intercambio de sustancias terapéuticas de origen humano (número 026 del Consejo De Europa), realizado en París el 15 de diciembre de 1958. BOE N° 165/1989, de 12 de julio de 1989.

<sup>1140</sup> Sobre la protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo; protección de los niños y de los adolescentes; personas de edad avanzada y personas con discapacidad. Cfr. I. Martín Aranaga, “*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia- Reino Unido -España*”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante, pp. 23 y ss.

<sup>1141</sup> Así, se tiene como válida la excepción de los arts. 53 del Acuerdo CE/Polonia y 54 del Acuerdo CE/República Checa, que permiten al Estado miembro de acogida establecer excepciones a lo dispuesto en tales Acuerdos en cuanto al derecho de establecimiento, en particular por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Se está ante una excepción importante, prevista asimismo por el Tratado CE y por el Derecho derivado que afecta tanto a la libertad de movimiento como al ejercicio de actividades económicas de los ciudadanos comunitarios. Cfr. I. Blázquez Rodríguez, *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (a propósito de la STCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto c-268/99, jany e.a.)*. en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 13, septiembre-diciembre, pp. 957 y ss.

<sup>1142</sup> Cfr. J.M. Herreros López, *El contenido social de la carta de los derechos fundamentales* en: Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid, N° 7, 2004, pp. 7 y ss.

no impone a cada Estado "un elenco uniforme de valores" para la apreciación de aquellos comportamientos que pueden considerarse contrarios a su orden público<sup>1143</sup>.

En la doctrina española, se sostiene que alguna norma concreta, como el Reglamento REACH<sup>1144</sup>, relativo al registro, evaluación, autorización y restricción de las sustancias y preparados químicos, constituye, pese a haber perdido fuerza respecto a la propuesta originaria, una garantía indispensable para la salud pública española<sup>1145</sup>.

Por su parte, en ese mismo orden de ideas, se ha manifestado el Tribunal constitucional español, para quien la STC 119/2001<sup>1146</sup>, amplía el objeto de los derechos a la integridad física (salud pública) y a la intimidad en el ámbito domiciliario a la protección frente a ruidos intensos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de fecha 9 de diciembre 1994<sup>1147</sup>.

---

<sup>1143</sup> A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany e.a. Véanse también: sentencias del TJCE, de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuallie, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. 1982, p. 1665 y el citado asunto Van Duyn.

<sup>1144</sup> Reglamento (CE) N° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) N° 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) N° 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión, (Véanse los actos modificativos).

<sup>1145</sup> Cfr. J. Roldán Barbero, *La Unión Europea y la soberanía de España*, en: ReDCE. Año 6. N° 12., Julio-diciembre/2009. pp. 273 y ss.

<sup>1146</sup> STC 119/2001, F.J. 5, de fecha 24 de mayo de 2001, el Tribunal declara: " En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatogénico destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tiene sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas)".

<sup>1147</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 496/1994.

En este caso, conocido como *López Ostra*<sup>1148</sup>, el Tribunal Constitucional transforma el contenido de derechos de la primera generación para hacer frente a amenazas de carácter medioambiental: la contaminación acústica. Extiende la protección del artículo 15 CE frente a los casos en los que una exposición continuada a niveles intensos de ruidos ponga en grave peligro la salud de las personas<sup>1149</sup>.

En enero 1998 se llevó a cabo la declaración de Wingspread (Wisconsin), en la que expertos ambientalistas establecen que “es necesario aplicar el principio *de precaución*: cuando una actividad amenace con daños para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando no haya sido científicamente determinada en su totalidad la posible relación de causa y efecto. En este contexto, a quien propone una actividad le corresponde la carga de la prueba, y no a la gente. El proceso de aplicación del principio de precaución debe ser transparente, democrático

---

<sup>1148</sup> El conocido caso, de la victoria lograda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condenó a España por no haber protegido el derecho a la vida privada frente a los vertidos de una depuradora instalada en 1988 en Lorca (Murcia). El Tribunal de Estrasburgo decidió, que el Estado español ha violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"), al no amparar las demandas de López Ostra, perjudicada por la instalación, a unos metros de su domicilio, de una estación depuradora de aguas y desechos de una empresa de curtidos.

<sup>1149</sup> Y en ese mismo sentido, la STC 87/2009, F.J. 5, de fecha 20 de abril de 2009, en lo relativo a una Ley de Las Palmas de Gran Canaria, sobre ordenación de establecimientos farmacéuticos y desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene que establece: desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias, que el legislador autonómico opte por la profesionalización y especialización del personal que presta estos servicios farmacéuticos, asignados con anterioridad a los farmacéuticos titulares en las condiciones establecidas en el Reglamento de 1953. Esa opción ya se avanzaba como criterio de planificación y ordenación farmacéutica por la Administración autonómica en el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, y actualmente se contiene en la Ley canaria 4/2005, de 13 de julio, de ordenación farmacéutica. En el mismo sentido, el art. 18 de la Ley de Canarias 2/1999, al que remite el apartado cuestionado, expresa claramente la preferencia del legislador autonómico por asignar dichas tareas a determinados funcionarios del Cuerpo Superior Facultativo, Escala de Titulados Sanitarios, especialidades de Farmacia y de Veterinaria asistenciales, que, con la denominación de Técnicos Inspectores de Salud Pública, van a llevar a cabo labores de inspección, vigilancia y control para la protección de la salud pública. Para ello estarán adscritos, mediante la correspondiente reserva de puestos de trabajo, a las Direcciones de Área del Servicio Canario de la Salud, puestos a los que se les asignan los correspondientes complementos específicos y de destino, lo que conlleva, por aplicación de lo dispuesto en la propia legislación estatal en materia de incompatibilidades (art. 16 de la Ley 53/1984), la imposibilidad de autorizar o reconocer compatibilidad alguna".

y con obligación de informar, y debe incluir a todas las partes potencialmente afectadas. También debe involucrar un examen de la gama completa de alternativas, incluyendo la no acción<sup>1150</sup>.

En consecuencia, más allá de la tutela y protección del derecho a la salud que están obligados a desarrollar los poderes públicos, y sobre todo a través de la tutela judicial, lo más importante son las políticas que se lleven a cabo en cada uno de los Estados, o bien, como en el caso de la Unión Europea, dentro de este marco. El concepto de protección a la salud de las personas, claramente es uno de los objetivos prioritarios de la política ambiental, y debe ser de la misma forma en cuanto a todas aquellas actividades referidas al ámbito económico que de cualquier forma pongan en riesgo la salud pública, sea de los consumidores, sea de los trabajadores, porque se trata de un derecho constitucional fundamental que debe ser protegido por el simple principio y alcance del interés y bienestar general.

## **6.7. LIBERTAD DE EMPRESA Y EDUCACION**

En el mismo sentido, en que hemos venido analizando las diversas relaciones que entre la libertad de empresa y otros derechos y principios constitucionales que se desarrollan, es posible limitar a aquella en virtud de los segundos<sup>1151</sup>.

De tal forma que desde el momento en que ciertos ámbitos de la actividad empresarial están protegidos por algún derecho fundamental específico, ha de comprenderse también en el elenco, el derecho a la educación<sup>1152</sup> respecto de los

---

<sup>1150</sup> Cfr. C. Raffensperger y J. Tickner *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Island Press, 1999, pp. 16 y ss.

<sup>1151</sup> Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental...* ", ob. cit., pp. 161 y ss.

<sup>1152</sup> El derecho a la educación, se estipula en el Artículo 27 CE. 1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a

empresarios titulares de centros docentes, ya que la Constitución española reconoce la libertad de enseñanza y de creación de centro docentes.

Dicha libertad de enseñanza, que también admite el derecho de creación y dirección de centros docentes, que pueden constituirse en virtud de una orientación pedagógica o ideológica determinada, porque se trata de un derecho que encuentra protección más concreta en el art. 38 CE de la libertad de empresa. Aunque, claramente, las autoridades buscarán amparar estos centros de estudio, en la regulación estatal del ejercicio del derecho a la libre enseñanza, y pondrán el contenido esencial del mismo, como el parámetro capaz de limitar al mismo, en virtud, de que la doctrina y el Tribunal Constitucional español, consideran que se debe respetar también el contenido esencial de la libertad de empresa, ya que "cualquier limitación legítima de la libertad de enseñanza es legítima desde el punto de vista de la libertad de empresa"<sup>1153</sup>.

Tesis con la que no nos encontramos de acuerdo, porque tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional: "Es cierto que la libertad de empresa y la economía de

---

los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca.

<sup>1153</sup> Cfr. C. Paz-Ares, y J.A. Águila Real, "Un Ensayo sobre...", ob. cit., pp. 21 y ss. Para estos autores, este razonamiento es totalmente erróneo, y lo compartimos, desde la óptica en que no se puede legitimar un derecho en virtud de otro, cada caso en concreto debe ser analizado e interpretado por separado, dando la posibilidad de establecer cuál de los dos derechos en confrontación ha resultado ser vulnerado, y por cuales motivos.

mercado pueden venir sometidas a limitaciones, y el propio art. 38 menciona algunas, pero éstas deben corresponderse a la función y naturaleza de esas libertades"<sup>1154</sup>.

En ese mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional español a través de la STC 127/1994, se ha manifestado –sobre todo en el voto particular- considerando "(...)que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (...) y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros, (como) la "libertad de creación de centros docentes" (art. 27.6 C.E.), el fin de la indeterminación básica de una Constitución que, expresamente, se limita a proclamar la "autonomía" de las Universidades es el Título VIII ("De las Universidades privadas") de la Ley de Reforma Universitaria<sup>1155</sup>. De este modo, el art. 57 L.R.U. venía a declarar inequívocamente que: "La libertad de creación de centros docentes garantizada en el apartado 6 del art. 27 de la Constitución, comprende la libertad de creación de Universidades y de centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada, en los términos establecidos en el presente Título".

El Tribunal referido, aclara que: "De este modo, el "legislador orgánico" concreta y desarrolla el sentido y el contenido de la libertad de enseñanza adoptando una decisión básica acerca de un derecho fundamental por medio de un precepto cuyo contenido normativo se agota en una interpretación "quasi auténtica" de la Constitución: *La libertad de creación de centros docentes comprende la libertad de creación de Universidades. Es algo reservado a la Ley orgánica*"<sup>1156</sup>.

---

<sup>1154</sup> STC 127/1994, Antecedentes, de fecha 5 de mayo de 1994.

<sup>1155</sup> Aprobado con carácter de Ley orgánica (Disposición final tercera, L.O. 11/83).

<sup>1156</sup> STC 127/1994, F.J. 1 y 6, de fecha 5 de mayo de 1994. Voto particular del Magistrado don José Gabaldón López.

Por otra parte, se sabe que, entre las acciones de defensa de los Derechos Humanos, en el ámbito comunitario, tenemos las iniciativas del Consejo de Europa en ámbitos de connotación social como la educación y la cultura. En términos generales, se trata de promover la cooperación social entre los Estados miembros del Consejo. En ese sentido, se cuenta con actos más específicos, tendientes a promover ese propósito, como la Convención Cultural Europea<sup>1157</sup> –en orden a fomentar la cooperación en cultura, educación, patrimonio histórico, deporte y juventud-, y diversos fondos de desarrollo social –en orden a conceder préstamos a bajo interés destinados a financiar programas sociales e infraestructuras<sup>1158</sup>.

Asimismo, aunque desde otra perspectiva, cabe destacar del derecho a la educación en el que necesariamente concurren aspectos subjetivos y objetivos<sup>1159</sup>. Actualmente, la investigación como la educación en términos generales, depende de la creación de fuentes y recursos para poderse llevar a cabo. Sin financiación pública es imposible hacer efectivo este derecho. La misión del legislador es imprescindible, una vez más, para poder conciliar los esfuerzos de la iniciativa económica privada encaminada a la creación y desarrollo de instituciones y programas docentes.

Por tanto, la libertad de empresa, considerada dentro del parámetro de actuaciones que señala y protege la Constitución económica, se encuentra fuertemente relacionada, como hemos podido observar a lo largo de éste capítulo, con el resto del ordenamiento constitucional.

Así, tenemos que preceptos como el contenido en el art. 27.2 CE en el que se señala el objetivo de la educación como el "pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales; precepto, que no llega a expresar contundentemente su finalidad,

---

<sup>1157</sup> Convenio Cultural Europeo (Número 018 del Consejo de Europa) Abierto a la firma en París el 19 de diciembre de 1954. BOE. Nº 204/1957, de fecha 10 de agosto de 1955.

<sup>1158</sup> Cfr. J.M. Herreros López, "El contenido social de la carta de...", ob. cit., pp. 8 y ss.

<sup>1159</sup> Cfr. J.M. Baño León, *La distinción entre derecho fundamental...*, ob. cit., p. 161.

como lo hace la Ley Fundamental de Bonn, al señalar que la libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución<sup>1160</sup>.

No obstante, podemos siempre destacar la conexión de dicho artículo con aquellos que pertenecen a la Constitución económica, en donde lo que se pretenden, al establecer dichas conexiones, es lograr una combinación de instituciones –educación, ya sea públicamente financiada o bien, tutelada por los poderes públicos, aunque se trate de una iniciativa privada, o asistencia médica son sólo algunos ejemplos- que van mucho más allá del simple hecho de confiar en una economía de mercado maximizadora<sup>1161</sup> del beneficio y en el confinamiento de los derechos individuales a la propiedad privada<sup>1162</sup>.

Lo anterior, se entiende de tal manera por la simple razón de que todos los preceptos de la Constitución, con una clara o no conexión con el núcleo de los preceptos económicos de la misma, es decir, con la libertad de empresa, pertenecen a un todo, que pretende alcanzar un nivel de bienestar económico y social, dentro de ésta forma de Estado, la ya tantas veces señala por el art. 1 CE, por la de un Estado social. Incluso, fuera de este parámetro, se sostiene que Smith no fue sólo un defensor del papel del estado en la provisión de servicios públicos como la educación, y en la mitigación de la pobreza; también se preocupó enormemente por la desigualdad y la pobreza que podían darse en una economía de mercado por otra parte muy exitosa.<sup>1163</sup>

---

<sup>1160</sup> Cfr. J. Asensi Sabater, *Cultura y Constitución: Una propuesta cultural en la crisis* en: *Revista de estudios políticos*, N° 35, 1983, p. 272.

<sup>1161</sup> A propósito de maximizar o no el bienestar, Cfr. F. Denozza, *La Concorrenza come mezzo o come fine*, en: P. Bilancia y P. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009, p. 169.

<sup>1162</sup> Cfr. A. Sen, *Capitalismo más allá de la crisis*, en: *El Viejo topo*, N° 255, 2009, p. 18.

<sup>1163</sup> *Ibidem*. p. 19.



# CONCLUSIONES

## CAPITULO 1: ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN ESPAÑA

**I.** La problemática que deriva de la Constitución económica en relación a la libertad de empresa, nos obliga a reflexionar sobre la construcción de los principios que ofrecen directrices para la regulación del ámbito económico. Tratándose de disposiciones que no sólo profundizan en las normas constitucionales y en las leyes formales que establecen los parámetros de actuación de la economía, sino también, de aquéllas disposiciones que utilizamos para aplicar los principios constitucionales a la realidad, a las actividades económicas llevadas a cabo entre los particulares y a la actuación de los poderes públicos. En este sentido, el papel de la jurisprudencia constitucional es fundamental, ya que debe obligar al cumplimiento de las normas constitucionales dentro del ordenamiento formal de un Estado, para garantizar el correcto funcionamiento del sistema económico, y a la vez la justicia social, y los demás principios que consagra la Constitución.

**II.** Por otro lado, tenemos una problemática que resulta de vincular las disposiciones de la Constitución económica al marco constitucional, y cuya delimitación serán los valores y principios que hacen referencia a la forma de Estado Social; como en el caso de España, que tendrán que ser siempre parte de una Constitución que garantiza ese Estado social democrático y de Derecho. En ese sentido, tenemos que, dicha Constitución económica establece derechos fundamentales de libertad que funcionan conectados a la democracia y al sistema de libre mercado y, por consiguiente, de libertad de empresa, plasmada en la libre iniciativa privada, y demás habilitaciones a la intervención pública en el proceso de desarrollo de tales libertades. Esta delimitación no siempre será de fácil análisis, sobre todo en la jurisprudencia constitucional.

**III.** En ese marco constitucional y de la relación entre la constitución económica y la libertad de empresa, surge la cuestión de la intervención del Estado en la economía. Históricamente, dicha intervención nace como respuesta al modelo impuesto por el Estado liberal-individualista que produjo situaciones de injusticia por la ideología liberal-capitalista, con episodios históricos como la Revolución Industrial ante los abusos sobre la clase obrera de la sociedad. Para los Estados que contemplan en sus constituciones el Estado social como eje de sus actuaciones, será siempre necesario garantizar las necesidades básicas de los particulares, asegurando la intervención, regulación y planificación de la actividad económica y social. Así, los derechos sociales, que en los movimientos de los siglos XIX y XX son constitucionalizados, crean la obligación estatal ineludible de promover, proteger y garantizar estos derechos mínimos sociales al respeto integral de la dignidad humana. Así como la necesidad de garantizar por parte del Estado la subsistencia del modo de producción frente a las acciones egoístas de los capitalistas individuales.

**IV.** Si bien es cierto que dichos acontecimientos históricos explican el surgimiento del Estado Social, no se han logrado todos los objetivos y finalidades de tales reconocimientos. En la actualidad, los argumentos neoliberales continúan sosteniendo la necesidad de favorecer las rentas superiores recalcando que no hay que penalizar a los productores de riqueza y puestos de trabajo, es decir, que las normativas económicas y sociales de los Estados, tienen que seguir los argumentos más utilizados para no aumentar los impuestos de las personas con mayores rentas, uno de esos argumentos sería aquel que insiste en que tales impuestos desincentivan el ahorro y la inversión productiva de tal ahorro, una inversión productiva que crea empleo, sólo por citar un ejemplo.

**V.** La Constitución económica no puede tener otra finalidad que ser el parámetro del eficaz funcionamiento de las disposiciones sociales en el mercado, al articular un modelo que limite la libertad de empresa. Como consecuencia, el Estado social forma una integración de las libertades económicas realizadas dentro de un sistema político basado en el equilibrio entre el funcionamiento del mercado (mecanismos de protección de la libertad de empresa) y las garantías del

constitucionalismo social, el resultado se traduce en una serie de límites a la actividad económica y de un Estado social, con relaciones estables entre el mercado y los ciudadanos. En el período que vivimos, todas estas afirmaciones nos llevan a hacer un análisis sobre la extensión de la crisis financiera a nivel mundial, que estamos sufriendo, se está gestionando como consecuencia del enorme dominio que el capital financiero tiene sobre las instituciones públicas, tanto internacionales como nacionales, y de ahí que nos preguntemos sobre la tutela efectiva de la Constitución económica.

**VI.** Es clara la existencia del vínculo intrínseco entre el Estado que entendemos como social, democrático y de Derecho, y el fin u objetivo del Estado de bienestar, en su función principal de aunar el Estado de derecho con la libertad de mercado y el estado de bienestar. Dicho Estado con un poder político limitado por los derechos constitucionales, y caracterizado por la representatividad, garantiza la libertad económica, que se asienta con la libertad de competencia. Y decimos que se encuentra en crisis, por la ausencia de intervención, que como hemos visto, lo ha convertido en un espacio que se autorregula por las leyes del mercado. La expansión de la crisis financiera, ha sido el resultado del enorme poder que el capital financiero (entendido como, la banca, las aseguradoras y otras instituciones e instrumentos financieros) tiene sobre los ordenamientos nacionales e internacionales.

**VII.** Más allá del libre desarrollo de la personalidad de quienes ejercen una actividad económica, tenemos que destacar respecto a la empresa y su configuración, que la iniciativa económica privada, no puede ser llevada a cabo sin controles ni tampoco al margen de las regulaciones o peor aún, con posiciones de ventaja o privilegio. El Tribunal Constitucional español afirma que se deben “establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad”; no obstante, la realidad presenta distintos escenarios en los que cada vez es más visible el debilitamiento de los instrumentos de defensa de las clases populares, tales como los sindicatos y los convenios colectivos, así como de las instituciones democráticas. No es posible un ejercicio de “libertad de empresa” sin un intervencionismo público

que controle y regule, por ejemplo: la banca, con amplios cambios en los sistemas de propiedad, y sometimiento a los intereses generales, con la eliminación de los paraísos fiscales y previniendo la actividad especulativa, por ejemplo.

**VIII.** Nos referíamos a la libertad, como el valor o bien jurídico protegido, y decíamos que la libertad de empresa y los sujetos titulares de la misma, ejercen a través de las actividades económicas un pleno desarrollo humano, mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos. Sin embargo, actualmente observamos cómo debido al enorme poder del capital financiero al que muy pocos tienen acceso, derivan otros problemas, entre los cuales, el sacrificio enorme y lamentable del Estado del Bienestar, la reducción de los salarios y de la protección social, y la enorme destrucción de empleo. De manera que dicha libertad, aunque puede ser una garantía del buen funcionamiento de las actividades económicas, se ha convertido también en el principal motivo de desprotección y desamparo para otros derechos y garantías sociales, y sobre todo constitucionales.

## **CAPÍTULO 2: NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA**

**IX.** Entre la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existe una postura unánime en torno a la naturaleza jurídica de la libertad de empresa reconocida en un marco de *economía social de mercado*, desde donde se buscaría que las funciones del mercado dentro del Estado, estén orientados al bienestar común, es decir, a favor del interés general, y al mismo tiempo, bajo la adopción de límites impuestos por los poderes públicos, cuyo intervencionismo se dirija a promover el progreso de una economía que asegure una calidad digna de vida para todos. En el caso español, y como puede verse en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, de lo que se trata es de resolver para cada caso en concreto la tutela de la libre iniciativa privada, sin que ello provoque un riesgo de desamparo para otros derechos

sociales y económicos que afecten el bienestar común, siempre en el marco de la economía de mercado que regula la Constitución económica (arts. 38 y 128.2 C.E.)

**X.** No obstante, su comprensión más como garantía institucional que como derecho fundamental, por su carácter objetivo y su ubicación sistemática, hoy es casi unánimemente reconocida la condición predominante de derecho fundamental en la libertad de empresa. La inclinación subjetiva de esta libertad, pues, merece la protección constitucional propia de otros derechos fundamentales, destacadamente la defensa frente a los excesos legislativos. Se ha presentado gracias a las garantías constitucionales de la reserva de ley y de la salvaguarda del contenido esencial, un primer carácter constitucional o *fundamental de la libertad de empresa*. Una segunda noción de la libertad de empresa como *derecho fundamental, pero no amparable*, y una tercera que reconoce a la libertad de empresa como *garantía institucional*. Tras el análisis de cada una de estas posturas, consideramos que lo primordial es que, aunque se proyecta en distintas direcciones, la eficacia jurídica de la libertad de empresa está latente en el mandato que el artículo 38 CE dirige a los poderes públicos con el fin de garantizar el ejercicio de la misma. Si el mandato tiene un contenido que vincula al legislador, habrá que preguntarse por la existencia de una vía judicial para hacerlo valer. No obstante, al no existir una postura unánime sobre la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, volveremos siempre al análisis de cada caso en concreto, sin llegarse a establecer una única vía de garantía con eficacia jurídica la tutela de este derecho. Este es el motivo por el que consideramos que los conflictos provocados a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, generados por la incorporación constitucional de la misma y cuyo debate no resulta fácil, sino más bien agotador, es muy importante delimitar su alcance, sobre todo en la búsqueda y consideración de los límites a la libertad de empresa, que en consecuencia tendrán un impacto menor o mayor en los diversos ámbitos de las actividades económicas.

**XI.** La libertad de empresa actúa a partir del reconocimiento de los individuos de la iniciativa económica y ofrece criterios para ejecutarse bajo controles determinados por la Ley que permite su aplicación y la garantía y protección que la misma posee ante los poderes públicos, y en especial ante los criterios de resolución

de conflictos entre particulares que emanan del órgano judicial. No obstante, en la actualidad, la libertad de empresa se interpreta, sobre todo, como una libertad de iniciativa económica cuyo principio es la libertad de competencia, que tutela la libertad del bien privado en confrontación con otros bienes jurídicos. Y como consecuencia de ello, no existen verdaderas garantías al Estado de bienestar del que se hace referencia en la Constitución económica del Estado social, arrojando otros derechos sociales al desamparo.

**XII.** Es precisamente el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, el que permite su delimitación y que esté abierta a la posibilidad y necesidad de que los poderes públicos establezcan las condiciones de ejercicio de este derecho. Las facultades y posibilidades de actuación de la libertad de empresa en cada sector económico están a expensas de la decisión del legislador, por lo que se configura como un derecho de *permiso legal*. Los límites que los principios rectores de la política social y económica imponen al ejercicio de la actividad empresarial necesitan ser desarrollados por el mismo legislador.

**XIII.** También corresponde a la ley determinar el modo en que el interés general o social delimita el contenido del derecho. Por tanto, decimos que la libertad de empresa puede ser calificada como un derecho de configuración legal en la medida en que requiere que el legislador complete su contenido y el alcance de los límites a su ejercicio. Una vez más vemos cómo la libertad de empresa requiere intervenciones públicas que incidan en las condiciones económicas y sociales. Para mejorar el bienestar y la calidad de vida, se requieren cambios políticos, sociales y económicos para establecer una sociedad que se centre en la optimización del bienestar y calidad de vida, y no en la acumulación del capital y concentración de la riqueza, que han sido el objetivo y las consecuencias de las políticas neoliberales, a las que parecería que los legisladores han contribuido.

**XIV.** Como consecuencia de la extensión y multiplicación de formas de comercialización y de generación de actividades comerciales en nuestra época, la Constitución económica va soportando una adaptación constante como

consecuencia de las exigencias de la *globalización*, pareciera que la libertad de empresa es asociada a la realización de la modernidad política económica. No obstante, no es posible dejar a un lado las disposiciones sociales cuya regulación determina la Constitución económica, y que deben ajustarse a las necesidades del mercado común. Pero que en mi opinión debería ser de la forma contraria, aquellas disposiciones sociales que tuvieran una incidencia en el mercado, deberían gozar de tutela y garantía, en la búsqueda de una mejora de las condiciones de bienestar social vinculando la construcción del mercado común.

**XV.** Dicho calificativo “social” que encontramos en las Constituciones española, italiana e incluso salvadoreña, como un complemento de la economía de mercado no se encuentra de sobra en la comprensión de nuestra Constitución económica. De hecho, es la clave que justifica y explica prácticamente todos los límites de la libertad de empresa. Todas las intervenciones administrativas sobre la economía de mercado, que en las Constituciones son impuestas, han de perseguir fines sociales.

**XVI.** La defensa de un contenido esencial de la libertad de empresa no contradice la afirmación del carácter indispensable y completamente legítimo de los límites de esta libertad, límites que se derivan de la misma Constitución, y de otros derechos fundamentales y de los principios rectores de la política social y económica, entre los que conviene tener muy en cuenta la protección de los consumidores, criterio que vincula de manera negativa y positiva al legislador y obliga a los poderes públicos a garantizar su eficacia.

### **CAPITULO 3: REGIMEN JURIDICO COMUNITARIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MERCADO DE LA UNION EUROPEA**

**XVII.** La Unión Europea reconoce un nuevo ciclo con el Tratado de Maastricht, se suprime la autonomía del espacio estatal, con la que se manejaba al inicio la

relación de los Estados con el ordenamiento comunitario, admitiendo una coexistencia entre modelos contrapuestos, el del Estado Social y el del propósito comunitario de garantizar la centralidad del mercado común y único. La Unión Europea se transforma en un Estado mercado o Estado regulador del espacio europeo, acomodando las constituciones económicas de los Estados con aquella comunitaria, confrontando los principios del constitucionalismo social.

**XVIII.** Frente a la actual crisis del Estado social de Derecho vemos cómo éste va debilitando su rol protector que cede ante las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales, las organizaciones no gubernamentales, y otras fuerzas de mercado. En el Derecho Comunitario, la libertad de empresa se desarrolla mediante las estrategias y medidas del mercado interior, aunque en los Tratados encontramos una buena recapitulación de libertades económicas y exigencias sociales, incluyendo elevados niveles de protección a los consumidores y usuarios, no cabe duda de que los objetivos económicos del proceso de integración incluyen el reforzamiento de las libertades económicas.

**XIX.** En el marco comunitario, pareciera que se vive en una situación de deslegitimación de los sistemas políticos constitucionales estatales, porque hasta estos días se confía la limitación y control de los derechos al titular de la soberanía. No obstante, existen otros derechos y libertades que, al contrario, han nacido a nivel de la Unión Europea y después se han impuesto al nivel nacional, como en el caso de aquellos cuya protección ha sido estimada por el sistema judicial para ser aplicado en un Estado miembro, y más tarde dentro de las fronteras de la Unión. La transmigración de los derechos y libertades aportan a las legislaciones instrumentos de control y límites, creando relaciones de subsidiariedad entre los distintos sistemas, aun cuando se crean conflictos derivados de la limitación de sus derechos y libertades.

**XX.** Los vínculos entre la iniciativa económica privada, la libertad de empresa y las relaciones entre el capital y el trabajo, nos dan la pauta para comprender que el mercado se va transformando y se ajusta a la realidad con características nuevas. Para



los ciudadanos, es fundamental la acción del Estado social, para que dicha transformación vaya determinada, y posibilitada la repercusión social del desarrollo económico en Europa. De manera que, en la medida en que la Unión Europea se configura como ajena al Estado Social, y se impone simplemente como un mercado, va deteriorando en el interior de los Estados el Estado social. Sobre todo, porque desaparece el equilibrio entre capital y trabajo, prevaleciendo el crecimiento y desarrollo económico de espaldas al bienestar social.

**XXI.** La Jurisprudencia de la Unión, falla y emite estimaciones a la libertad de empresa siempre que resuelve sobre las libertades económicas derivadas del derecho comunitario, las cortes constitucionales de los Estados miembros han comenzado a respetar el margen de discrecionalidad que les han otorgado en la gestión política-económica de sus sistemas nacionales. Los fallos, no siempre se pronuncian con la finalidad de reducir los errores y contribuir al mejoramiento del Estado social, incluso cuando los resultados alcanzados sean lejanos a los verdaderos objetivos de la Unión Europea. Como en el caso de la *libertad de establecimiento*, cuya regulación al momento de integrarse a los Estados, no prevé derechos sociales, sino libertades económicas.

#### **CAPITULO 4: CONDICIONES DE DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

**XXII.** Aunque el Estado interviene en términos relativos a la propiedad privada, para un bienestar general, vemos que hoy por hoy no es posible lograr verdaderos objetivos de una política económica para poder alcanzar de manera real y efectiva los principios de justicia social que se concretan en una vida digna e igualdad, como satisfacción de necesidades básicas, bienestar general, seguridad social, garantizar pleno empleo de calidad, igualdad de oportunidad para acceder a la educación, sistema de pensiones, garantizar medidas en negociaciones colectivas, etc. Esta crisis se manifiesta en la ineficacia e insuficiencia de las políticas estatales para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad, perdiendo el Estado su rol de

Estado-protector ante los avances de la globalización económica, del mercado nacional e internacional de capitales, etc. Este déficit de legitimación del estado social demuestra que cada vez más la *globalización* es un equivalente de un mercado que es libre de intervención económica en donde se excluye prácticamente al Estado social.

**XXIII.** Dicho mercado cada vez más “*libre*”, sigue siendo el espacio en donde los poderes públicos deben garantizar los derechos y libertades constitucionales, que son efectivamente el pilar en donde el ordenamiento constitucional descansa. Asimismo, se trata de un límite al poder estatal, porque sólo en donde estos derechos y libertades están reconocidos y garantizados existe un Estado de Derecho. De manera que la Constitución económica juega un papel legitimador de la democracia, en su carácter de fundamental en la organización económica del Estado. Y si la Constitución española parte de una concepción democrática y pluralista, consecuentemente, adopta la libertad como un valor superior, así deducimos del art. 1.1 CE. En ese sentido, la libertad de empresa y los rasgos que la caracterizan le otorgan ventaja a una concepción amplia de su contenido.

**XXIV.** Dentro de la Constitución, y no únicamente de aquella económica, se deben incluir dentro del ámbito del derecho, todas las facultades que contengan cualquier relación con la libertad de empresa, para su mejor interpretación y aplicación. Así como el mercado y las actividades propias del mismo, la empresa constituye una realidad dinámica, compleja y objeto de ininterrumpidas transformaciones, y en virtud de ello, no es conveniente ni tampoco posible enmarcar el contenido del derecho a la libertad de empresa en definiciones demasiado rígidas y cerradas. Por tanto, es mejor si continuamos, manteniendo abierta la posibilidad de analizar la adecuación del límite a las garantías constitucionales, para que exista como hasta ahora un control que decida la admisibilidad del límite dentro del ámbito protegido.

**XXV.** La Libertad de empresa es fuente constitucional de la autonomía privada, que como hemos visto, merece una protección igual que aquella pública, siempre que la tutela vaya dirigida a garantizar el interés general. Es allí donde decimos que el

Estado social tiene una inherente vinculación con el Estado de bienestar. Y en ese sentido, el Intervencionismo de Estado a través de la intervención administrativa, otorga los mecanismos idóneos para garantizar y al mismo tiempo limitar la libertad de empresa. Decimos que garantiza a la libertad de empresa, porque sus titulares ostentan herramientas para hacer valer sus derechos ante el mismo Estado y entre los particulares entre quienes se llevan a cabo las actividades propias del mercado, pero también decimos que la limita porque la función social de la empresa es una de las principales limitaciones a la libertad de empresa, en donde el objetivo principal es alcanzar el bienestar social y no aquel de la autonomía privada.

## **CAPITULO 5: REGULACION Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA**

**XXVI.** La idea de límite es inherente a la existencia misma del derecho a la libertad de empresa. Por tanto, podemos afirmar que la libertad de empresa no resulta garantizada de modo suficiente si únicamente nos centramos en los límites a la intervención pública en el mercado, sino que es igualmente necesario proteger a la iniciativa privada. La limitación que de las facultades individuales de la libertad de empresa resultan en el estado social, no es directa, ya que no consiste en la acción directa de limitar un derecho subjetivo, sino que es un reflejo del mandato de controlar y limitar el funcionamiento libre del mercado. Dichos límites se derivan de la misma Constitución, es decir, de otros derechos fundamentales (más fundamentales, como la vida o la integridad física) y de los principios rectores de la política social y económica, entre los que conviene tener muy en cuenta la protección de los consumidores, precepto que vincula positiva y negativamente al legislador y obliga al resto de la Administración Pública a garantizar su eficacia.

**XXVII.** En el mismo sentido, se debe actuar con deferencia ante las actuaciones de la Administración, no puede ser posible otorgar al Estado libre discrecionalidad respecto a la aplicación de políticas garantistas, los poderes públicos tienen que motivar sus actos, especialmente cuando limitan libertades. La cláusula

jurídica *Estado social de Derecho* impone a los poderes públicos la obligación constitucional de orientar toda su política a garantizar las condiciones mínimas de existencia del individuo, por lo tanto, la obligación consiste en aplicar, ejecutar programas, políticas, medidas, etc., en todo el ejercicio del poder estatal. Asimismo, estos derechos constituyen principios básicos del sistema jurídico estatal y toda la organización del Estado debe basarse en ellos. Ya que los derechos sociales constituyen verdaderos derechos fundamentales y es deber del Estado garantizarlos, otorgando a sus ciudadanos suficientes herramientas para afrontar la actual situación mundial, protegiéndolos de cualquier circunstancia o en este caso, de la propia autorregulación del mercado, que pueda menoscabar sus derechos.

**XXVIII.** Tras un análisis sobre los diversos límites que pueden restringir el ejercicio de la libertad de empresa, consideramos que el verdadero límite que se encuentra en una constitución como la española, en un Estado social democrático y de Derecho, no puede ser otro que el interés general, porque es el factor común que todo límite derivado del ordenamiento jurídico pretende alcanzar. No existe un contenido esencial a la libertad de empresa sin la condición de respeto y la tutela del interés general, como tampoco existe una garantía institucional salvaguardada por los poderes públicos, sin la prevalencia a la protección de los intereses generales.

**XXIX.** Como ya vimos, en un derecho como la libertad de empresa, no es una tarea fácil poder delimitar sin temor a equivocaciones, donde comienza la protección del interés de los particulares, y donde termina para dar lugar a la protección y salvaguarda del interés general. Lo cual es lógico, al tratarse de un derecho que tutela la iniciativa económica privada, lo importante es, como señalamos e insistimos, que la protección de estos intereses sea el fin último y mínimo común de los límites a este derecho. Asimismo, respecto a las normas que regulan a la actividad de la libertad de empresa, la reserva de Ley debe aplicarse de forma más estricta cuando se trate de la defensa a la competencia, porque es en éste caso donde resultan más afectados los intereses colectivos, en virtud de quererse beneficiar unos concretos intereses

gremiales, violentando de esta manera el bienestar general. Y además en lo relativo a la protección de los consumidores, por encima de los intereses de cualquier otro grupo. Intervención pública y libertad de empresa no se contraponen necesariamente, pues puede considerarse que la primera es presupuesto de la segunda. Sin la protección estatal y el control sobre los mercados, éstos no gozarían de garantías de seguridad y confianza suficientes.

**XXX.** Después de verificar las distintas nociones con que se hace referencia al marco en que se llevan a cabo las actividades económicas, es decir, el sistema de mercado, la unidad del mismo, la economía general, etc., podemos concluir que a pesar de la importancia de delimitar esos conceptos para poder encontrar un verdadero análisis de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, así como los alcances de su contenido esencial, y las materias cuya reserva legal han sido encomendadas a la función del legislador, podemos afirmar, que lo verdaderamente importante para el intérprete es el carácter complejo y de continua transformación de este derecho, así como el factor del mercado, que es su marco de ejercicio, que constantemente cambia, el dinamismo, la globalización, esos son los criterios que modifican, que hacen evolucionar al derecho de la libertad de empresa, resultando de esta manera, un marco jurídico de interpretación con características que muchas veces resultan contradictorias entre sí.

**XXXI.** La extensa jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional en materia de límites constitucionales al ejercicio y desarrollo de la libertad de empresa, a nuestro juicio, servirá de poco, si no se consigue alcanzar una verdadera tutela a los intereses generales y sobre todo una igualdad material. Las acciones de igualdad material, que exige el Estado social, al menos en el ámbito del mercado de trabajo, conscientes de que la igualdad formal no es suficiente, el objetivo es lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar las desventajas de muchos en factores económicos, como agentes activos o pasivos de las actividades propias del mercado.

## **CAPITULO 6: RELACION DE LA LIBERTAD DE EMPRESA CON OTROS DERECHOS Y BIENES CONSTITUCIONALES**

**XXXII.** Un sistema constitucional en el que conviven tantos derechos y bienes jurídicos protegidos por la misma Carta Magna, exige también una armonización social, entre la iniciativa económica privada, y la capacidad del empresario para imponer condiciones de trabajo favorables, en diversos asuntos, como por ejemplo, en lo relativo a la jornada, a la participación del trabajador dentro de la empresa, en la distorsión y responsabilidad en las decisiones que como trabajadores afecta, con una verdadera protección social, una noción que dé a sus trabajadores la seguridad y estabilidad jurídico laboral necesaria para un óptimo rendimiento dentro de su empresa, y al mismo tiempo para la eficaz tutela de los derechos del mismo.

**XXXIII.** Al reconocer a Europa como un origen de la implementación del Estado del bienestar, que la inmensa mayoría de los ciudadanos desean preservar - con las necesarias reformas y adecuaciones para su mantenimiento- sobre todo en políticas de sanidad, de educación y cultura que permitan ese desarrollo armónico, equilibrado y solidario; se trata de alcanzar, como sostienen varios autores, una verdadera calidad de vida, en la que los principios y valores constitucionales coexistan de manera que la protección de un derecho constitucional no signifique el entero sacrificio de otro. En éste ámbito, la Unión Europea entra en juego, para poder hacer realidad sus objetivos primordiales, es decir, "el alcance de un alto nivel de empleo y de protección social, con la elevación del nivel y de la calidad de vida", de esta forma, no sólo se puede lograr la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros, asimismo, se pueden implementar en cada uno de dichos Estados, acciones e iniciativas que promuevan esta armonización y que al mismo tiempo, conlleven al crecimiento del capital humano, la relación capital-trabajo, el desarrollo de la tecnología y las infraestructuras siempre en consonancia, con factores como la protección del medio ambiente, la salud, entre otros, que implican características de impulso para la inversión y la creación de empleos.

**XXXIV.** De todos los derechos y bienes jurídicos en estrecha relación con la libertad de empresa, consideramos que aquél que impera o es inherente a la misma, es la igualdad. Ya se ha dicho, y a la vez, se puede deducir con un análisis mínimo de la realidad, que el enorme crecimiento de las desigualdades es una de las principales causas de la crisis que hoy nos aqueja, - concretamente, la concentración del capital financiero - es una de las características de lo ocurrido y ha sido la causa mayor de la enorme crisis que estamos sufriendo. Si el ordenamiento jurídico que desarrolla las actividades económicas, no es capaz de dirigir las políticas económicas en función de salvaguardar al interés general, siempre se caerá en el mismo problema, porque el bienestar económico y social pasarán a un segundo plano, y no sólo tendremos problemas en la armonización de las normas que desarrollan el sistema económico, sino también las reglas básicas de intereses colectivos. Y el pilar básico de la igualdad, es decir el Estado social, dejará de favorecer a la libertad de empresa en su contexto social. Se entenderá una libertad sin la existencia de otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente, una libertad que no podrá ser ni plena ni real, y que consecuentemente, no podrá ser garantizada por ni para los sujetos que la desarrollen.

# CONCLUSIONI

## CAPITOLO 1: STRUTTURA COSTITUZIONALE DELLA LIBERTA' DI IMPRESA IN SPAGNA

**I.** La problematica che deriva dalla Costituzione economica in riferimento alla libertà di impresa, ci obbliga a riflettere sulla costruzione dei principi che offrono direttive per la regolazione dell'ambito economico. Trattandosi di disposizioni che non solo si approfondiscono nelle norme costituzionali e nelle leggi formali che stabiliscono i parametri di attuazione dell'economia, bensì delle disposizioni che utilizziamo ad applicare i principi costituzionali alla realtà, alle attività economiche realizzate tra i privati e all'attuazione dei poteri pubblici. In tal senso, il ruolo della giurisprudenza costituzionale è fondamentale, in quanto deve obbligare all'adempimento delle norme costituzionali all'interno dell'ordinamento di uno Stato, garantire il corretto funzionamento del sistema economico e la giustizia sociale e gli altri principi consacrati dalla Costituzione.

**II.** D'altra parte, abbiamo una problematica che risulta nel vincolare le disposizioni della Costituzione economica al quadro costituzionale e la cui delimitazione, saranno i valori e principi che fanno riferimento alla forma di Stato Sociale; come nel caso della Spagna che dovranno formare sempre parte di una Costituzione che garantisce tale Stato sociale democratico e di Diritto. In tal senso, vediamo che tale Costituzione economica stabilisce diritti fondamentali di libertà che funzionano collegati alla democrazia e al sistema di mercato libero e conseguentemente di libertà di impresa, plasmata nella libera iniziativa privata e altre abilitazioni all'intervento pubblico nel processo di sviluppo di tali libertà. Tale delimitazione non saranno sempre da analizzare facilmente, in particolar modo nella giurisprudenza costituzionale.

**III.** Nel del rapporto tra la costituzione economica e la libertà di impresa, sorge la questione di intervento dello Stato nell'economia. Storicamente, tale



intervento nasce come risposta al modello imposto dallo Stato liberale-individualista che ha prodotto situazioni di ingiustizia (a danno della classe operaia) causate dall'ideologia liberale capitalista, con episodi storici come la Rivoluzione Industriale. Per gli Stati che contemplano nelle loro costituzioni lo Stato sociale come asse della loro condotta, sarà sempre necessario garantire le necessità fondamentali dei privati, assicurando l'intervento, regolamentazione e pianificazione dell'attività economica e sociale. Così come, i diritti sociali, che nei movimenti dei secoli XIX e XX si sono costituzionalizzati, creano l'obbligo statale ineludibile di promuovere, proteggere e garantire tali diritti minimi sociali al rispetto integrale della dignità umana. Così vi è la necessità di garantire da parte dello Stato la sussistenza del modo di produzione nei confronti delle azioni egoiste dei capitalisti individuali.

**IV.** Nonostante sia vero che tali eventi storici spiegano l'insorgenza dello Stato Sociale, non si sono raggiunti tutti gli obiettivi e finalità di tali riconoscimenti. Attualmente, gli argomenti neoliberali continuano a sostenere la necessità di favorire i redditi superiori ricalcando che non bisogna penalizzare i produttori di ricchezza e posti di lavoro, ovvero che le normative economiche e sociali degli Stati devono seguire gli argomenti più utilizzati per non aumentare le imposte delle persone con maggiori redditi, uno di tali argomenti sarebbe quello che insiste sul fatto che tali imposte disincentivano il risparmio e l'investimento produttivo di tale risparmio, un investimento produttivo che crea posti di lavoro, solo per citare un esempio.

**V.** La Costituzione economica non può avere altra finalità che essere il parametro del funzionamento efficace delle disposizioni sociali nel mercato, articolando un modello che limiti la libertà di impresa. Di conseguenza, lo Stato sociale forma una integrazione delle libertà economiche realizzate all'interno di un sistema politico basato sull'equilibrio tra il funzionamento del mercato (meccanismi di protezioni della libertà di impresa) e le garanzie del costituzionalismo sociale, il risultato si traduce in una serie di limiti all'attività economica e di uno Stato sociale, con rapporti stabili tra il mercato e i cittadini. Nel periodo che stiamo vivendo, tutte queste affermazioni ci portano a realizzare un'analisi sulla estensione della crisi finanziaria a livello mondiale, si sta gestendo come conseguenza un enorme dominio

che il capitale finanziario ha sulle istituzioni pubbliche, sia internazionali che nazionali e ciò, deriva che ci poniamo domande sulla tutela effettiva della Costituzione economica.

**VI.** È chiara l'esistenza del vincolo intrinseco tra lo Stato che intendiamo come sociale, democratico e di Diritto e il fine o obiettivo dello Stato di benessere, nella sua funzione principale di riunire lo Stato di diritto con la libertà di mercato e lo stato di benessere. Tale Stato, con un potere politico limitati dai diritti costituzionali e caratterizzato dalla rappresentatività, garantisce la libertà economica, che si basa sulla libertà di competenza, trovandosi in crisi, data l'assenza di intervento, che come abbiamo visto, lo ha trasformato in uno spazio che viene autoregolato dalle leggi del mercato. L'espansione della crisi finanziaria è stato il risultato dell'enorme potere che il capitale finanziario come la banca, le compagnie di assicurazione, altre istituzioni e strumenti finanziari hanno sugli ordinamenti nazionali e internazionali.

**VII.** Dobbiamo evidenziare come le iniziative economiche private non possono essere realizzate senza controllo o con posizioni di vantaggio o privilegio. Il Tribunale Costituzionale spagnolo afferma che si devono *“stabilire i limiti all'interno dei quali necessariamente devono muoversi i poteri costituzionali per adottare misure che incidano sul sistema economico della nostra società”*; nonostante, la realtà presenta diversi scenari nei quali è sempre più visibile il debilitarsi degli strumenti di difesa delle classi popolari, quali i sindacati e i convegni collettivi, così come delle istituzioni democratiche.

**VIII.** Ci riferiamo alla libertà, come valore o bene giuridico tutelato, ed affermiamo che la libertà d'impresa e i soggetti titolari di essa, esercitano attraverso le attività economiche un pieno sviluppo umano tramite la delimitazione di uno spazio di autonomia individuale che non può essere disturbato né per i poteri, né da individui o gruppi. Tuttavia, ora assistiamo come a causa dell'enorme potere del capitale finanziario a cui ben pochi hanno accesso, emergono altri problemi, tra cui sfortunatamente l'enorme sacrificio dello stato sociale, riducendo i salari, la protezione sociale, e le enormi perdite di posti di lavoro. In modo che la libertà, anche se può essere una garanzia di buon funzionamento delle attività economiche, è

diventata anche la principale fonte di vulnerabilità e di abbandono ad altri diritti e garanzie sociali, e soprattutto costituzionali.

## **CAPITOLO 2: NATURA GIURIDICA DELLA LIBERTÀ DI IMPRESA**

**IX.** Nella la dottrina e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, non esiste una posizione unanime sulla natura giuridica della libertà d'impresa, riconosciuta in un contesto di economia sociale di mercato, da dove si cercherebbe che il funzionamento del mercato all'interno dello Stato, siano orientate al bene comune, cioè, a favore dell'interesse generale, e allo stesso tempo, sotto l'adozione di limiti imposti dalle autorità pubbliche, il cui interventzionismo stia indirizzato a promuovere il progresso di una economia al fine di garantire una qualità di vita degna per tutti. Nel caso della Spagna, come si può vedere in diverse Sentenze della Corte Costituzionale, ciò che è in questione persiste per ciascun caso particolare, la tutela della libera iniziativa privata, senza causare un rischio di abbandono per gli altri diritti sociali ed economici che colpiscono il bene comune, sempre nell'ambito dell'economia di mercato che regola la Costituzione economica (arts. 38 e 128.2 CE)

**X.** Nonostante rimanga più inteso come una garanzia costituzionale che come un diritto fondamentale, per il suo obiettivo, natura e localizzazione sistematica oggi è riconosciuta quasi all'unanimità la condizione predominante della libertà d'impresa come diritto fondamentale. L'inclinazione soggettiva di questa libertà è la tutela costituzionale propria di altri diritti fondamentali, specialmente in difesa contro gli eccessi legislativi; grazie alle garanzie costituzionali della riserva legale e la salvaguardia del nucleo essenziale, è apparso un primo carattere costituzionale o fondamentale della libera impresa. Dopo aver analizzato ciascuna di queste posizioni, riteniamo che è di enorme importanza, anche se è proiettato in direzioni diverse, l'efficacia giuridica della libertà d'impresa latente nel mandato dell'articolo 38 CE, alle autorità pubbliche orientata a garantire il esercizio della libertà d'impresa. Se il comando ha un contenuto che lega al legislatore, ci dobbiamo chiedere per l'esistenza di provvedimenti giudiziari per farlo rispettare. Tuttavia, l'assenza di una posizione unanime sulla natura giuridica della libera impresa, ci farà sempre tornare all'analisi di

ogni caso particolare, senza raggiungere un unico modo per stabilire una garanzia di efficacia giuridica della tutela di questo diritto. Ecco perché riteniamo che i conflitti provocati nel determinare la natura giuridica della libera impresa, generati mediante l'incorporazione costituzionale di quest'ultima, che il dibattito non è facile, ma piuttosto faticoso, essendo molto importante raggiungersi per delimitare, soprattutto alla ricerca e considerazione dei limiti alla libertà d'impresa, che di conseguenza avranno un impatto minore o maggiore nei vari ambiti delle attività economiche.

**XI.** La libertà d'impresa agisce in base al riconoscimento di individui di iniziativa economica e fornisce i criteri per funzionare sotto controlli stabiliti dalla legge. Permettendo la sua applicazione, garanzia e tutela che possiede davanti alle autorità pubbliche, in particolare davanti ai criteri per risolvere i conflitti tra gli individui che emanano dal potere giudiziario. Tuttavia, attualmente, la libertà d'impresa è interpretata principalmente come libertà di iniziativa economica in cui il principio è libertà di concorrenza, che protegge la libertà del bene privato in confronto con altri diritti legali. E di conseguenza, non ci sono delle garanzie reali per il benessere sociale di cui si riferiva la costituzione economica dello stato sociale, abbandonando altri diritti sociali.

**XII.** È proprio il riconoscimento costituzionale della libertà di impresa, che ne consente la delimitazione del diritto, l'apertura alla possibilità e necessità che le autorità pubbliche stabiliscono le condizioni di esercizio di questo diritto. La capacità e la possibilità di azione della libera impresa in ogni settore economico, sono a carico della decisione del legislatore, configurandosi come un diritto *di permesso legale*. I limiti che i principi delle politiche sociali ed economiche impongono l'esercizio di attività economiche e devono essere sviluppati dal legislatore.

**XIII.** Corrisponde alla legge determinare in che modo l'interesse generale o sociale delimita il contenuto del diritto. Di conseguenza, affermiamo che la libertà d'impresa è un diritto di configurazione legale al punto che si impone al legislatore completare il suo contenuto e l'ambito dei limiti al esercizio. Ancora una volta vediamo come la libera impresa impone interventi pubblici che incidono sulle

condizioni economiche e sociali. Per migliorare il benessere e la qualità della vita, sono necessari cambiamenti politici, sociali ed economici e per stabilire una società capace di concentrarsi sull'ottimizzazione del benessere e la qualità della vita oltre che a non l'accumulazione di capitale e la concentrazione della ricchezza, che sono stati gli obiettivi e le conseguenze delle politiche neoliberiste, di cui sembrerebbe che i legislatori hanno contribuito.

**XIV.** A seguito del prolungamento e intensificazione dei lineamenti di marketing e di riproduzione di business nel nostro tempo, la costituzione economica deve produrre un adattamento costante a causa delle esigenze della globalizzazione, sembra che la libertà d'impresa sia associata con l'esecuzione politica economica moderna. Tuttavia, non si possono mettere le disposizioni in materia sociale, la cui regolazione determina la costituzione economica, che devono essere conformi alle esigenze del mercato comune. A mio parere dovrebbe essere il contrario, quegli assetti sociali che hanno un impatto sul mercato, dovrebbero godere di protezione e sicurezza nella ricerca di miglioramento delle condizioni sociali di benessere che contribuisce alla costruzione del mercato comune.

**XV.** L'aggettivo "*sociale*" che si trova nella Costituzione spagnola, italiana e persino salvadoregna, come complemento per l'economia di mercato, non si trova in abbondanza nella comprensione della nostra costituzione economica. In realtà, è la chiave che giustifica e spiega praticamente tutti i limiti della libertà d'impresa. Tutti gli interventi amministrativi nell'economia di mercato, imposti dalle Costituzioni, devono perseguire obiettivi sociali.

**XVI.** Difendere un contenuto essenziale della libertà d'impresa non contraddice l'affermazione del carattere indispensabile e limiti completamente legittimi di questa libertà, i limiti derivano dalla Costituzione, e altri diritti fondamentali e principi guida delle politiche sociale ed economiche, tra i quali dovrebbero prendere in considerazione la tutela dei consumatori, criterio di collegamento in modo negativo e positivo per il legislatore, che costringe i poteri pubblici ad assicurare l'efficacia.

### **CAPITOLO 3: REGIME GIURIDICO COMUNITARIO DI LIBERTÀ D'IMPRESA NEL MERCATO DELL' UNIONE EUROPEA**

**XVII.** L'Unione europea riconosce un nuovo ciclo con il trattato di Maastricht, si abolisce l'autonomia dello spazio statale, con la quale si gestiva all'inizio il rapporto tra Stati e il diritto comunitario, ammettendo una coesistenza tra modelli contrapposti, lo Stato sociale ed il proposito comunitario di garantire la centralità del mercato comune e unico. L'Unione europea si trasforma in uno Stato regolatore del mercato e dello spazio europeo, accomodando costituzioni economiche degli stati con quella comunità, affrontando i principi del costituzionalismo sociale.

**XVIII.** Di fronte all'attuale crisi dello stato sociale di diritto vediamo come si indebolisce il loro ruolo di protezione che cede alle organizzazioni internazionali, imprese multinazionali, ONG, e le altre forze di mercato. Nel diritto comunitario, la libertà di impresa si sviluppa attraverso le strategie e le misure del mercato interno, anche se nei trattati troviamo un buon riassunto delle libertà economiche e le esigenze sociali, compresi alti livelli di protezione per i consumatori e gli utenti, non c'è dubbio che gli obiettivi economici del processo di integrazione includono il rafforzamento delle libertà economiche.

**XIX.** Nel contesto comunitario, sembra che viviamo in una situazione di delegittimazione dei sistemi politici costituzionali dello Stato, perché fino ad oggi si affida la limitazione ed il controllo dei diritti al titolare della sovranità. Tuttavia, ci sono altri diritti e libertà, che al contrario, sono nati a livello dell'Unione Europea e quindi imposti a livello nazionale, come nel loro caso, la loro protezione è stata stimata dal sistema giuridico da applicare in uno Stato membro, e più tardi entro i confini dell'Unione. La trasmigrazione dei diritti e delle libertà contribuisce alle legislazioni con strumenti di controllo e limiti, creando rapporti di sussidiarietà tra i diversi sistemi, anche quando si creano dei conflitti derivanti dalla limitazione dei loro diritti e delle libertà.

**XX.** I legami tra iniziativa economica privata, libertà di impresa e le relazioni tra capitale e lavoro, ci danno le linee guida per capire che il mercato si trasforma e adatta alla realtà con nuove funzionalità. Per i cittadini, l'azione dello Stato sociale è fondamentale, perché questa trasformazione che è determinata ha reso possibile l'impatto sociale dello sviluppo economico in Europa. Quindi, nella misura in cui l'Unione europea si imposti fuori dello stato sociale, e si imponga semplicemente come un mercato, danneggia gli Stati dello Stato sociale. Soprattutto perché scompare l'equilibrio tra capitale e lavoro, e prevale la crescita e lo sviluppo economico di spalle al benessere sociale.

**XXI.** La giurisprudenza dell'Unione provvede ed emette risposti sulla libertà d'impresa sempre risolte sulle libertà economiche ai sensi del diritto comunitario, le Corti costituzionali degli Stati membri hanno iniziato a rispettare il margine di discrezionalità concesso a loro in gestione politico-economica dei loro sistemi nazionali. I provvedimenti non sempre si pronunciano al fine di ridurre gli errori e contribuire a migliorare lo stato sociale, anche quando i risultati raggiunti siano lontani dai veri obiettivi dell'Unione europea. Come nel caso della libertà di stabilimento, cui regolamento nel momento di integrazione agli Stati, non prevede dritti sociali ma libertà economica.

#### **CAPITOLO 4: CONDIZIONI DI SVILUPPO DELLA LIBERTÀ DI IMPRESA DEL MODELLO DI INTEGRAZIONE DELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA**

**XXII.** Anche se lo Stato interviene in materia di proprietà privata, per i termini di benessere generale, vediamo che oggi non è possibile raggiungere veri obiettivi di una politica economica per poter raggiungere in maniera reale ed efficace i principi di giustizia sociale che si concretizzano in un vita dignitosa e d'uguaglianza come bisogni fondamentali, benessere generale, sicurezza sociale, garantire la piena occupazione di qualità, pari opportunità di accesso all'educazione, sistemi pensionistici, etc. Questa crisi si riflette nella inefficienza e l'inadeguatezza delle

politiche statali per garantire la soddisfazione dei bisogni fondamentali della società, lo Stato perdendo il suo ruolo di Stato-protettore di fronte al progresso della globalizzazione economica, nazionale e mercato internazionale dei capitali, eccetera. Questa mancanza di legittimità dello stato sociale, mostra che la crescente globalizzazione è l'equivalente ad un mercato che è esente da intervento economico in cui praticamente si esclude lo stato sociale.

**XXIII.** Questo mercato sempre più "libero", rimane il luogo in cui le autorità pubbliche devono garantire i diritti e le libertà costituzionali, nonostante questo, in realtà sono il pilastro dove appoggia l'ordine costituzionale. Inoltre, vi è un limite al potere dello Stato, perché solo dove tali diritti e libertà sono riconosciuti e garantiti esiste una norma di legge. Così la costituzione economica svolge un ruolo di legittimazione della democrazia, nella sua qualità di centrale per l'organizzazione economica dello Stato. Se la Costituzione Spagnola, con una concezione democratica e pluralista prende quindi la libertà come un valore superiore, si deduce l'arte. CE 1.1. In questo senso, la libera impresa e tratti che caratterizzano danno il vantaggio di una visione ampia del suo contenuto.

**XXIV.** All'interno della Costituzione, e non solo quella economica, si devono inserire nell'ambito di applicazione della legge, tutti i poteri che contengono alcuna relazione con la libertà di impresa, per una migliore interpretazione e applicazione. Così come il mercato e le attività dello stesso, l'azienda costituisce una realtà dinamica, complessa e soggetta a continue trasformazioni, e per questo, non è auspicabile né possibile inquadrare il contenuto del diritto alla libera impresa in una definizione troppo rigida e chiusa. Pertanto, è meglio se continuiamo, mantenendo aperta la possibilità di analizzare l'adeguatezza dei limiti delle garanzie costituzionali, perché esista come sino adesso un controllo per decidere ricevibilità del limite all'interno dell'area protetta.

**XXV.** La libertà d'impresa è la fonte costituzionale dell'autonomia privata, come abbiamo visto, merita uguale protezione di quella pubblica, con la condizione



che la tutela sia diretta a garantire l'interesse pubblico. È lì che diciamo che lo stato sociale ha un legame intrinseco di benessere con lo Stato. E in questo senso, l'interventismo di Stato attraverso un intervento amministrativo, dai meccanismi adeguati per garantire e allo stesso tempo limitare la libertà d'impresa. Diciamo che garantisce la libertà di impresa, perché i proprietari hanno strumenti per far valere i propri diritti nello stesso stato e tra gli individui, tra coloro che svolgono l'attività di mercato, ma diciamo anche che la limita poiché la funzione sociale dell'impresa è una delle principali limitazioni alla libertà, dove l'obiettivo principale è quello di raggiungere il benessere sociale e non quello dell'autonomia privata.

## **CAPITOLO 5: REGOLAMENTAZIONE E LIMITI DELLA LIBERTA' DI IMPRESA**

**XXVI.** L'idea di limite è inerente all'esistenza stessa del diritto alla libertà di impresa. Pertanto, possiamo affermare che la libertà di impresa non risulta garantita in modo sufficiente se ci concentriamo solamente sui limiti all'intervento pubblico nel mercato, bensì è ugualmente necessario proteggere l'iniziativa privata. La limitazione che dalle facoltà individuali della libertà di impresa risultano nello stato sociale, non è diretta, in quanto non consiste nell'azione diretta di limitare un diritto soggettivo, bensì è un riflesso del mandato di controllare e limitare il funzionalmente libero del mercato. Tali limiti derivano dalla stessa Costituzione, ovvero da altri diritti fondamentali, come la vita o l'integrità fisica, e dai principi rettori della politica sociale ed economica, tra i quali bisogna tenere in considerazione la protezione dei consumatori, precetto che vincola positivamente e negativamente il legislatore e obbliga il resto della Pubblica Amministrazione a garantire la sua efficacia.

**XXVII.** Nello stesso senso, si deve agire con deferenza di fronte ai comportamenti dell'Amministrazione, non può essere possibile concedere allo Stato libero discrezionalità rispetto all'applicazione di politiche garantiste, i poteri pubblici devono motivare le loro azioni, soprattutto quando limitano libertà. La clausola giuridica *Stato Sociale di Diritto* impone ai poteri pubblici l'obbligo costituzionale di

orientare tutta la sua politica a garantire le condizioni minime di esistenza dell'individuo, pertanto l'obbligo consiste nell'applicare, eseguire programmi, politiche, misure, ecc. in tutto l'esercizio del potere statale. Inoltre, tali diritti rappresentano principi basilici del sistema giuridico statale e tutta l'organizzazione dello Stato deve basarsi su di essi, in quanto i diritti sociali costituiscono veri diritti fondamentali ed è dovere dello Stato garantirli, concedendo ai suoi cittadini sufficienti strumenti per affrontare l'attuale situazione mondiale, proteggendoli da qualsiasi circostanza o in questo caso, dalla propria autoregolamentazione del mercato, che possa minare i suoi diritti.

**XXVIII.** Dopo un'analisi sui diversi limiti che possono restringere l'esercizio della libertà di impresa, consideriamo che il vero limite che si trova in una costituzione come quella spagnola, in uno Stato sociale democratico e di Diritto, non può essere altro che l'interesse generale, perché il fattore comune che tutto il limite derivato dall'ordinamento giuridico intende raggiungere. Non esiste un contenuto essenziale alla libertà di impresa senza le condizioni di rispetto e la tutela dell'interesse generale, come non esiste neanche una garanzia istituzionale salvaguardata dai poteri pubblici, senza la prevalenza alla protezione degli interessi generali.

**XXIX.** Come abbiamo già visto, in un diritto come la libertà di impresa, non è un lavoro facile poter delimitare senza timore di commettere errori, dove inizia la protezione dell'interesse dei privati e dove termina, per dare luogo alla protezione e salvaguardia dell'interesse generale e ciò è logico, trattandosi di un diritto che tutela l'iniziativa economica privata, l'importante è, come abbiamo indicato e insistiamo, che la protezione di questi interessi sia la sua finalità e minimo comune dei limiti a tale diritto. Inoltre, rispetto alle norme che regolano l'attività della libertà di impresa, la riserva di Legge deve applicarsi in modo più severo quando si tratti della difesa alla concorrenza, perché è in questo caso quando risultano più colpiti gli interessi collettivi, in virtù di volersi beneficiare degli interessi di gruppo concreti, violentando in tal modo il benessere generale. E inoltre per quanto riguarda la protezione dei consumatori, al di sopra degli interessi di qualsiasi altro gruppo. Intervento pubblico e libertà di impresa non si contrappongono necessariamente, in quanto si può

considerare che la prima è presupposto della seconda. Senza la protezione statale e il controllo sui mercati, essi non godranno di garanzie di sicurezza e fiducia sufficienti.

**XXX.** Dopo aver verificato le diverse nozioni con le quali si fa riferimento al quadro in cui si realizzano le attività economiche, ovvero, il sistema di mercato, l'unità dello stesso, l'economia generale, ecc., possiamo concludere che nonostante l'importanza di delimitare tali concetti per poter trovare una vera analisi della natura giuridica della libertà di impresa, così come la portata del suo contenuto essenziale, le materie di cui riserve legali sono state affidate alla funzione del legislatore, possiamo affermare che la cosa veramente importante per l'interprete è il carattere complesso e in continua trasformazione di questo diritto, così come il fattore del mercato, che è il suo quadro di esercizio, che cambia costantemente, il dinamismo, la globalizzazione, sono i criteri che modificano, che fanno evolvere il diritto della libertà di impresa, risultando in tal modo, un quadro giuridico di interpretazione con caratteristiche che molte volte risultano contraddittorie fra di esse.

**XXXI.** L'estesa giurisprudenza creata dal Tribunale Costituzionale in materia di limiti costituzionali all'esercizio e sviluppo della libertà di impresa, a nostro giudizio, servirà poco se non si riesce a raggiungere una vera tutela agli interessi generali e soprattutto una uguaglianza materiale. Le azioni di uguaglianza materiale, che esige lo Stato sociale, almeno nell'ambito del mercato del lavoro, consapevoli che l'uguaglianza formale non è sufficiente, l'obiettivo è riuscire ad ottenere una uguaglianza sostanziale e non meramente formale riducendo le disuguaglianze di fatto che possono sorgere nella vita sociale e in tal modo evitare o compensare gli svantaggi di molti in fattori economici, come agenti attivi o passivi delle attività proprie del mercato.

## **CAPITOLO 6: RELAZIONE DELLA LIBERTA' DI IMPRESA CON ALTRI DIRITTI E BENI COSTITUZIONALI**

**XXXII.** Un sistema costituzionale nel quale convivono tanti diritti e beni giuridici protetti dalla stessa Carta Magna, richiede anche una armonizzazione sociale, tra

l'iniziativa economica privata e la capacità dell'imprenditore di imporre condizioni di lavoro favorevoli, in diverse questioni, come per esempio per quanto riguarda la giornata, la partecipazione del lavoratore all'interno dell'impresa, nella distorsione e responsabilità nelle decisioni riguardanti i lavoratori, con una vera protezione sociale, una nozione che dia ai suoi lavoratori la sicurezza e stabilità giuridico-lavorativa necessario per un ottimo rendimento all'interno della sua impresa e allo stesso tempo per la tutela efficace dei diritti dello stesso.

**XXXIII.** Riconoscendo all'Europa come una origine dell'attuazione dello Stato del benessere, che l'immensa maggioranza dei cittadini desiderano preservare –con le necessarie riforme e adeguamenti per il loro mantenimento – in particolare in politiche di salute, istruzione e cultura, che permettano tale sviluppo armonico, equilibrato e solidale; si tratta di raggiungere, come sostengono vari autori, una vera qualità di vita, nella quale i principi e valori costituzionali coesistano in modo che la protezione di un diritto costituzionale non significhi l'intero sacrificio di un altro. In questo ambito, l'Unione Europea entra in gioco, per poter realizzare i suoi obiettivi primordiali, ovvero “raggiungere un alto livello di impiego e protezione sociale, con l'elevazione del livello e della qualità di vita”, in tal modo, non solo si può ottenere la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri, bensì si possono anche realizzare in ognuno di tali Stati, azioni e iniziative che promuovano questa armonizzazione e che allo stesso tempo, comportino la crescita del capitale umano, la relazione capitale-lavoro, lo sviluppo della tecnologia e le infrastrutture sempre in consonanza con fattori quali la protezione dell' ambiente, la salute, ecc., che implicano caratteristiche di impulso per gli investimenti e la creazione di posti di lavoro.

**XXXIV.** Di tutti i diritti e beni giuridici in stretta relazione con la libertà di impresa, consideriamo che quello che impera o è inerente alla stessa è l'uguaglianza. Si è già detto e si può dedurre con un'analisi minima della realtà, che l'enorme crescita delle disuguaglianze è una delle principali cause della crisi che oggi ci opprime – concretamente, la concentrazione de capitale finanziario – è una delle caratteristiche di quanto è avvenuto ed è stata la causa maggiore dell'enorme crisi che

stiamo vivendo. Se l'ordinamento giuridico che svolge le attività economiche non è in grado di dirigere le politiche economiche in funzione di salvaguardare l'interesse generale, si ricadrà sempre nello stesso problema, in quanto il benessere economico e sociale passeranno ad un secondo piano e non solo avremo problemi nell'armonizzazione delle norme che sviluppano il sistema economico, bensì anche le regole di base degli interessi collettivi. Il pilastro di base dell'uguaglianza, cioè lo Stato sociale, non favorirà più la libertà di impresa nel suo contesto sociale. Si intenderà una libertà senza l'esistenza di altri diritti e beni protetti costituzionalmente, una libertà che non potrà essere né piena né reale, e che di conseguenza, non potrà essere garantita neanche dai soggetti che la sviluppano.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

AA.VV., *El Estado en la economía española*, Jornadas de Alicante sobre Economía Española (8a. 1993. Alicante, dirigidas por J. Velarde, J.L. García Delgado y A. Pedreño, Civitas, Madrid, 1994.

AA.VV., *Treinta años de Constitución*, Asociación de Constitucionalistas de España, Congreso Extraordinario (2009, Madrid), García Roca J., y Albertí, E., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

AA.VV., *Leviathans, multinational corporations and the new global history*, Chandler, A.D., y Mazlich, B., (cords.), Cambridge University Press, New York, 2005.

AA.VV., *Pensamiento crítico y crisis capitalista: una perspectiva constitucional*, Gregorio Cámara Villar (ed. y coord.), Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.

AA.VV., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J. y Santolaya, P., (coords), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

AA.VV., *Derecho de la competencia: estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia: actualizado con el RD 261/2008*, Luciano Parejo Alfonso, Alberto Palomar Olmeda (directores), La Ley, Madrid, 2008.

AA.VV., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. José Martín y Pérez de Nanclares (coordinador) Jornadas celebradas en Madrid, el 17 y 18 de diciembre de 2007.

AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental (3º. 1999. Barcelona)*, Asociación de Derecho Ambiental Español, Fundación Biodiversidad, Ministerio de Medio Ambiente, D.L., Madrid, 2000.

AA.VV., *La internacionalización de la distribución comercial*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Valencia, 1990.

AA. VV., *Europe after Maastricht: American and European perspectives*, Paul Michael Lutzeler (Editor), Berghahn Books, Providence-Oxford, 1994.

AA.VV., *Dimensione sociale del mercato unico europeo: atti del Convegno di Ascoli Piceno. 27-28 ottobre 1989*, Giuffrè, Milán, 1990.

AA.VV., *La continuación de la empresa en crisis entre el derecho concursal y el derecho de la competencia*, en: Font Galán, J. I. y Pino Abad, M. (coord.) *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

AA.VV., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III): XVIII Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1999.

Abendroth W., y otros, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

Ackerman, B.A., *Private property and the Constitution*, Yale University Press, New York, 1977.

Aguar de Luque, L., *Los límites de los derechos fundamentales*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 9, N° 14. Enero-abril 1993, pp. 9-34.

Aguilera Portales, R. y Espino Tapia, D. R., *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho* en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 10, 2006/2007, pp. 111-139.

Aguilera Vaqués, M., *Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (regulatory takings v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)*, en:



Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008, vol. 2, pp. 939-364.

- *Propiedad y medio ambiente (límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada. Especial consideración a los aspectos medioambientales)* en: Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (coord. por) Manuel Carrasco Durán y otros, Vol. 1, 2006, pp. 1441-1464.
  
- *El desarrollo sostenible y la Constitución española*, Atelier, Barcelona, 2000.

Ahumada Ramos, F.J., de., *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*, Dykinson, Madrid, 2001.

Albert Carreras, X.T., *La gran empresa en España (1917-1974). Una primera aproximación*, en: Revista de historia industrial, nº 3, 1993, pp. 127-175.

Alberti Rovira, E., *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24. Núm. 71, mayo-agosto 2004, pp. 123-160.

- *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 14, 1993, pp. 35-63.
  
- *Autonomía política y unidad económica: las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y de la unidad del mercado*, Civitas, Madrid, 1995.

Alcaide Guindo, C. *La evolución de la política de defensa de la competencia*, en: Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, 2005, Madrid.

Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Bernal Pulido C., Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

Alfaro Águila-Real, J., *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, en: Revista de derecho mercantil, N° 233, 1999, pp. 925-976.

Alonso Nuez, M.J., y Rosell Martínez, J., *Política de Defensa de la Competencia en España: evolución reciente y perspectivas* en: Economía industrial, N° 369, 2008 (Ejemplar dedicado a: 50 Aniversario de la Agencia de la Energía Nuclear de la OCDE), pp. 195-211.

Alonso Pérez, M., *Pensamiento económico y economía social*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

Alterio A.M., *La “esfera de lo indecible” en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*, Universitas. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 13, enero 2011, pp. 3-36.

Álvarez Conde, E., *La Constitución española de 30 de junio de 1876: cuestiones previas*, en: Revista de estudios políticos, Nº 3, 1978, pp. 79-100.

Antonaya Suja, A.L., y Peña Álvarez, F., *Derecho privado y público y economía de empresa*, (vol. I y II), Centro de Estudios Príncipe, Madrid, 1979.

Ansuategui Roig, F.J., *De los derechos y el Estado de derecho: aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Aparicio Tovar J., y otros; *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*; Comares, Granada, 2002.

Aragón Reyes, M., *Libertades Económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

- *Economía y derecho ante el siglo XXI*, Lex Nova, Madrid, 2001.
- (coord.) *Temas básicos de derecho constitucional, Tomos I, II y III*, Civitas, Madrid, 2001.

Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada, 1999.

- *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- *Propiedad, libertad y empresa en: La empresa en la Constitución española*, Entrena Cuesta R., Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 103-135.

- *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

Arroyo Jiménez, L., *Libre Empresa y Títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

Arruñada, B., *Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, N° 211, 2001, pp. 31-41.

Artola, M., *Antiguo Régimen y Revolución Liberal*, Madrid, Ariel, 1978.

Ascarelli, T., *Saggi di Diritto commerciale*, Milán, Giuffrè, 1955.

- *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milán, Giuffrè, 1960.

Asensi Sabater, J., *Cultura y Constitución: Una propuesta cultural en la crisis* en: *Revista de estudios políticos*, N° 35, 1983, pp. 257-272.

- *La Constitución Española y la Cultura política*, en: *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, N° 1, 1982, pp. 9-28.
  
- *Aspectos constitucionales de la Gran Recesión*, en: *Pensamiento crítico y crisis capitalista: una perspectiva constitucional*, coord. por Gregorio Cámara Villar, Granada, 2010, pp. 83-110.
  
- *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional, vol. II, Estado y derecho en la transición*, en: *Revista de estudios políticos*, 1993, pp. 287-295.

Atienza, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2009.

Baches Opi, S. y Díez Stella, F., *La aplicación del derecho antitrust al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE. UU.*, en: *Revista de derecho mercantil*, N° 260, 2006, pp.641-680.

Bacigalupo Saggese, M., *La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*, en: *Revista española de derecho constitucional*, Año n° 13, N° 38, 1993, pp. 297-315.

Balado Ruiz-Gallegos, M., *Notas sobre el modelo económico constitucional español*, en: El sistema económico en la Constitución española, Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española, Vol. 1, 1994, Madrid, pp. 31-70.

Balaguer Callejón, F. (ed.), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.

Balaguer Callejón, F. *La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa* en: Revista de Derecho Constitucional Europeo, N° 8, 2007, pp. 11-42.

- *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.

- *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N° 2, 2004, pp. 61-80.

- *Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N° 7, 2007, pp. 327-378.

Baldasare, A., *Los derechos sociales*, Santiago Perea Latorre (traducción), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Baño Leal, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la Competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Baño León, J.M., *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en: Revista española de derecho constitucional, Año nº 8, Nº 24, 1988, pp. 155-179.

Baquero Cruz, J., *Entre competencia y libre circulación el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

Barack, Boaz, *The application of the competition rules (antitrust law) of the European economic community to enterprises and arrangements external to the common market*, Kluwer Law and Taxation, The Netherlands, 1981.

Barnes Vázquez J., *El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar*, Cuadernos de Derecho Público, Madrid, 1998, pp.15 y ss.

- *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.

Barreiro González, G.J., *La globalización económica como manifestación especial de la propiedad de la empresa, efectos sobre el derecho del trabajo y posibles soluciones*, en: Propiedad y derecho social, 2007, pp. 115-179.

Bassols Coma, M., *Temas clave de la Constitución española: Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

- *La Constitución como marco de la legislación económica*, en: *Economía industrial*, Ministerio de Industria y Energía, N° 349-350, 2003, pp.17-28.
- *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

Bastida Freijedo, F. J. y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

Baumol, W.J., *Mercados perfectos y virtud natural: la ética en los negocios y la mano invisible*, Colegio de Economistas de Madrid, Madrid, 1993.

Belda de Mergelina, R., *Control de concentraciones, ayudas públicas y falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal*, en: *Cuadernos de derecho para ingenieros*, Agúndez, M.J. y Martínez-Simancas Sánchez, J., (coord.) Vol. 5, 2010 (Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial), pp. 69-86.

Belda Pérez-Pedrero, E. *Aproximación a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución*, en: *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol - 2ª época*, n. 24 (verano 1998), p.119-128.

Bellver Capella, V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Comares, Granada, 1994.

Berlín, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988.



Bernal Pulido, C., *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Bernaldo de Quirós, L., *El modelo económico español, 1996-2004: una revolución silenciosa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

Bernini, G., *La legge antitrust italiana: esperienze pregresse e prospettive future*, en: *Diritto dell'economia*, Rivista trimestrale di dottrina, giurisprudenza e documentazione, N° 1, 1996, Milán, pp. 7-26.

Bilancia, P., *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, CEDAM, Padova, 1986.

- *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1996.
- *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, en: *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 345-366.
- *Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos*, en: *ReDCE*, No 6, julio-diciembre de 2006, pp. 255-277.

Bilancia P., y D'Amico P., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009.

Bilbao Ubillos, J.M<sup>a</sup>, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Bix, B., *Teoría del derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2006.

Blázquez Rodríguez, I., *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (a propósito de la STCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany e.a.)*. en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 13, septiembre-diciembre, pp. 943-960.

Bognetti, G., *Costituzione economica e corte costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1983.

- *La Costituzione economica italiana: interpretazione e proposte di riforma*, Giuffrè, Milán, 1993.

- *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, en: AA.VV., Verso una nuova Costituzione, Milán, 1988.

Bonino E. y Della Vedova B., *Consumatori e Antitrust*, en: Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario: atti del 6. Convegno, 2005.

Bork, R. H., *The antitrust Paradox*, ed. Free Press, Nueva York, 1983.

Bowles, P., *Il Capitalismo*, traducción de Rinaldo Falcioni, Il Mulino, Bolonia, 2009.

Buchanan, J.M., *Teoría de la democracia: una aproximación económica*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.

- *El análisis económico de lo político: lecturas sobre la teoría de la elección pública*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.

- *Los límites de la libertad: entre la anarquía y el Leviatán*, Buenos Aires: Katz, Madrid 2009.

Cabeza García, L. y Gómez Ansón, S., *Los procesos de privatización en España: determinantes e implicaciones de la eficiencia empresarial*, Oviedo, 2000, en: [http://www.ugr.es/~xxjei/JEI\(54\).pdf](http://www.ugr.es/~xxjei/JEI(54).pdf)

Cabo Martín, C. de, *La crisis del Estado social*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

- *Teoría Histórica del Estado y del derecho constitucional, v. I y II*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

- *Lo viejo y lo nuevo en la crisis económica actual. Aspectos jurídico-políticos*, en: Cámara Villar, G., (ed. Y coord.), *Pensamiento crítico y crisis capitalista, una perspectiva constitucional*; Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.
- *El Tratado Constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social*, en: Teoría y Realidad Constitucional, N°. 19, 2007, pp. 199-213.
- *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000.

Calvo Caravaca, A.L., y Canedo Arrillaga, M.P., *Casos escogidos de derecho antitrust europeo*, en: Estudios de Deusto, vol. 54/1, enero-junio, pp. 285-373.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González J., *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.

- *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2001.

Calvo Caravaca, A.L., y Fernández de la Gándara L., *Política y Derecho en la C.E.E: una aproximación*, en: Revista General de Derecho, N° 583, abril 1993, pp. 3379-3447.

Canales Kriljenko, J.I., *La integración financiera en América Central: Perspectivas y necesidades de ajuste*, en: Integración & comercio, N°. 20, 2004, pp. 231-254.

Candland, C., *Las normas fundamentales del trabajo durante la Administración de George W. Bush*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 128, Nº 1-2, 2009, pp. 187-200.

Cántaro, A., *El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein*, en: Revista de Derecho Constitucional, nº 5, enero-junio, 2006, traducción de Delgado J. y Criado M., pp. 31-64.

- *El declive de la constitución económica del Estado Social*, en: El constitucionalismo en la crisis del Estado Social, García Herrera (Dir.), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 162-168.

Carmona Fernández de Mesa, R., *La normativa de la Comunidad Económica Europea sobre la libre competencia*, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, Madrid, 1986.

Carreras i Odriozola, A., y Tafunell Sambola, X., *La gran empresa en España (1917-1974): una primera aproximación*, en: Revista de historia industrial, Nº 3, 1993, pp. 127-176.

Cases Pallares, L. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*; Marcial Pons, Escola de Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1995.

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2000.

- *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.
- *Costituzione europea*, en: “Quaderni costituzionali”, N° 3, Dicembre 1991, pp. 487-505.
- *Lo spazio giuridico globale*, en: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Vol. 52, N° 2, 2002, pp. 323-339.
- *C'è un ordine nello spazio giuridico globale?* en: Politica del diritto, N° 1, marzo de 2010, pp. 137-148.
- *L'amministrazione dello Stato: saggi*, A. Giuffrè, Milán, 1976.
- *La nuova costituzione economica*, 4. ed. riv. e aggiornata, GLF editori Laterza, Roma, 2007.

Castro Bravo, F. de, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la libertad*, en: Anuario de Derecho Civil, 1982, pp. 1068 y ss.

Cavaleri, P., *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente": contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, CEDAM, Padova, 1978.

Cazorla Prieto, L.M., Artículo 38, con la colaboración de Carolina Blasco Delgado, en: Comentarios a la Constitución, Garrido Falla F., 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 830-846.

Champeil-Desplats, V., Libertà economiche e diritti dell'uomo ovvero libertà d'impresa nei Paesi dei dirirri fondamentali, en: Rassegna di diritto civile, 2009, pp. 834-858.

Cidoncha, A., *La Libertad de Empresa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

Ciriano Vela, C. D., *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000.

Cocozza, F., *Riflessione sulla nozione di costituzione económica*, en: Diritto dell'economia, 1992, pp. 71-90.

Colmeiro, M., *Historia de la economía política española, v. I y II*, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1988.

Comín F. y Martín Aceña P., *Rasgos históricos de las empresas en España. Un Panorama*, en: Revista de Economía aplicada, nº 12, (vol. iv), 1976, pp. 75-123.

Comín Comín F., *La empresa pública en la España contemporánea: formas históricas de organización y gestión (1770-1995)*, Programa de Historia económica, Fundación Empresa Pública, Madrid, 1995.

- *Los mitos y los milagros de Suanzes: la empresa privada y el INI durante la autarquía*,  
en: *Revista de Historia Industrial*, nº 18, 2000, pp. 221-245.
- *La empresa en la historia de España*, Civitas, Madrid, 1996.

Mortati C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1998.

Contreras Casado, M., *Un nuevo enfoque de la reforma constitucional y sus límites materiales*,  
en: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 22, Nº 65, 2002, pp. 381-386.

Correa Henao, M., *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

Cortina, A., y Pereira G., (editores), *Pobreza y libertad: erradicar la pobreza desde el enfoque de las capacidades de Amartya Sen*, Tecnos, Madrid, 2009.

Coscolluela Montaner L. y López Benítez, M., *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007.

Cossio Díaz, J.R., *Derecho y análisis económico*, Instituto Tecnológico Autónomo de México: Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1997.



Costantini S., *Limiti all'iniziativa economica privata e tuteladel lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, pp. 199-260.

Creus Carreras A., (Dir.), *Código de derecho de la competencia*, Dlapiper: La Ley, Madrid, 2006.

Criado de Diego, M., *Principio de Legitimidad y Discurso legitimador en el capitalismo global*, en: Cámara Villar, G., (ed. Y coord.), *Pensamiento crítico y crisis capitalista, una perspectiva constitucional*; Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.

- *La Constitución económica entre noción y sinécdoque*, en: *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003) coord. por Miguel Ángel García Herrera, Vol. 1, 2005, pp.495-510.*

Cristóbal Roncero, M<sup>a</sup> del R., *El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria*, en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 43, 2003 (Ejemplar dedicado a: Modelos de participación de los trabajadores en la empresa), pp. 157-180.

Cruz Parceró, J.A., *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

D'Ercole, C., *Las nuevas fronteras del mercado de control en las crisis de las empresas: (nueva financiación, compra de créditos a los acreedores, desdoblamiento del voto en los derivados sobre la deuda y remuneración de los administradores)*, en: Anuario de derecho concursal, N° 22, 2011, pp. 139-174.

D'Ors, A., *Derecho y sentido común: siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Civitas, Madrid, 1999.

Damiani P., “*Costituzione economica e statuti economici*”, en: Rassegna parlamentare, N° 2, 2009, pp. 339-358.

De la Cuesta Rute, *Regulación de los mercados y seguridad jurídica*, en: Nueva Revista 106, julio – septiembre 2006, pp. 52-59.

De la Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, T., *La Directiva de servicios y la libertad de empresa*, en: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 7, Iustel, Madrid, 2009, pp. 60 y ss.

De la Quadra-Salcedo Janini, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

- *Mercado Interior y Directiva de Servicios*, en: Revista catalana de dret públic, núm. 42, Barcelona, 2011, pp. 257-293.

Denozza, F., *La Concorrenza come mezzo o come fine*, en: Bilancia P., y D'Amico P., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 165-172

Díez Estella, F., *Los objetivos del Derecho antitrust*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, N° 224, 2003, pp. 32-52.

Díez-Picazo, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

Dobson L., y Follesdal, A., *Political theory and the European Constitution*, Routledge, London, New York, 2004.

Domínguez Vila, A. y Pérez Sánchez, G., *La libertad de prestación y establecimiento de servicios. La Directiva 123/2006. Su trasposición a los O.J. Autonómicos*, en: <http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/ComADominguezVilayGPerezSánchez.pdf>

Doumbia-Henry, C., y Gravel E., *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 125, N° 3, 2006, pp. 207-232.

Drew, J., y otros, *La empresa en la CEE: cómo exportar, importar, invertir, influir y gestionar en Europa*, Hispano Europea, Barcelona, 1982.

Durán López, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley, Madrid, 1986.

Entrena Cuesta, R., *“El Principio de Libertad de Empresa”*, en: F. Garrido Falla (Dir.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

- *El modelo económico de la Constitución española de 1978* en: La empresa en la Constitución española, Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 11-36.

Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005.

Esteban, M. y Serrano, F. (Eds.), *La política económica en tiempos de incertidumbre*, Netbiblo, La Coruña, 2006.

Esteve García, F., *Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios*, Revista catalana de dret públic, núm. 42, 2011, pp. 1-23.

Fernández Barjau, B. y Martínez Albaladejo, T., *El proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España: hacia una reforma estructural del sector servicios*, en: Boletín económico de ICE nº 2990 del 1 al 15 de junio de 2010, pp. 5-14.

Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca A.L., *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, Madrid, 1988.

Fernández-Lerga Garralda, C., *Derecho de la competencia: Comunidad Europea y España*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

Fernández-Novoa, C., *Un hito en la historia del derecho de la competencia: centenario de la "Sherman Act"*, en: Derecho de los Negocios, Año n° 1-2, N° 1-15, 1990-1991, Madrid, pp. 97-99.

Fernández, T-R., *Reflexiones constitucionales sobre la libertad de empresa*, en: Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, Tomo I, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1988, pp. 181-206.

- *Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*, en: Civitas. Revista española de derecho europeo, N° 22, 2007, pp. 189-197.

Fernández Rodríguez, J.J., *PETER HÄBERLE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, 2004, Santiago de Compostela, pp. 554-560.

Ferrajoli, L., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

- *"La esfera de lo indecible y la división de poderes"*, En: Estudios Constitucionales Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343,

Ferreiro Lapatza, J.J., *Curso de Derecho financiero español: Instituciones*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 2006.

G. Ferri, *Concorrenza*, in Enc. dir., VIII, Milán, 1961.

Fikentscher, W., *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, en: Revista de derecho mercantil, N° 172-173, 1984, pp. 459-486.

- *Recht und wirtschaftliche Freiheit*, Mohr, Tübingen 1992.

Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 2007.

Floriano Corrales, C., *Derecho y economía: una aproximación al análisis económico del derecho*, Universidad de Extremadura, 1998.

Font Galán J.I., y Miranda Serrano, L.M., *Defensa de la Competencia y Competencia Desleal: Conexiones Funcionales y Disfuncionales*; en: Font Galán, J. I. y Pino Abad, M. (coords.) *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

Font Galán J.I., y Miranda Serrano, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Font Galán, J. I., *La Empresa en el derecho Mercantil*, en: G. J. Jiménez Sánchez y otros, *Derecho Mercantil*, Ariel Derecho, Barcelona, 2005.

- *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, en: Revista de derecho mercantil, N° 152, 1979, pp. 205-239.
- *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

Fikenster, W., *Las tres funciones del control de la economía (Derecho Antimonopolio)*, en: Revista de Derecho Mercantil, N° 172-173, 1984, Madrid pp. 459-486.

Franco i Sala, Ll., *La defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán*, en: Ekonomiaz, n° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 216-231.

- *La nueva ley de defensa de la competencia y los órganos autonómicos*, en: Gaceta Jurídica, N° 248, Marzo/abril 2007, pp.93-102.

Frieden, J.A., *Capitalismo Global. El trasfondo económico de la historia del siglo XX*, Memoria Crítica, Barcelona, 2007.

Fuertes López, M., *Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios*, Revista catalana de dret públic, núm. 42, 2011, pp. 57-83.

Galera Rodrigo, S., *La empresa europea en el mercado único: normas comunes de comercio*, Trivium, Madrid, 1990.

Gagliardi F., *Políticas anticrisis y paro: una comparación entre Italia y España*, en: Ekonomiaz: Revista vasca de economía, Nº. 73, 2010 (Ejemplar dedicado a: Nueva política de transporte para el siglo XXI. La respuesta al reto de la sostenibilidad), pp. 250-275.

Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2005.

- *Commento all'articolo 41*, en: *Commentario della Costituzione*, Giuseppe Branca, Bolonia-Roma, 1982.

Gallego Anabitarte, A., *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.

Gallego Bono, J.R., y Náchter Escriche, J., (coords.), *Elementos básicos de economía: un enfoque institucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Gallego Sánchez, E., *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.



Gamero Casado, E., *La intervención de empresas: régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Ganino, M., *El control de las concentraciones empresariales*, en: Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad, N°. 40, 2001, pp. 36-42.

García Cachafeiro F., *Los acuerdos de menor importancia en el derecho antitrust (comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de septiembre de 1997 en el caso "Hüls española)*, en: Anuario da Facultade de Dereito, Madrid, pp. 665-674.

García Cuadrado, A. M., *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1999.

García de Enterría, E., *Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

- *Sobre los derechos públicos subjetivos*, en: Revista española de derecho administrativo, 1975, pp. 427-448.
  
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

García Díaz, M.A., *El Gobierno de la economía en la Unión Europea*, en: Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 16 - 1er semestre 2009, pp. 155-183.

García Echeverría, S., *El orden económico en la Constitución*, Unión Editorial, Madrid, 1978.

García Herrera, M.A., *Marginalidad, estado social y prestaciones autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999.

- *Los antecedentes históricos del Estado social*, en: El bienestar en la cultura. Estudios de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación en homenaje al Profesor Iñaki Domínguez. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pp. 166-173.

- *Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa*, en: La protección de los derechos fundamentales en la UA, Concurera Atienza, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

García Herrera, M. A. y Maestro Buelga, G., *Estado-mercado y crisis sistemática*, en: *Pensamiento crítico y crisis capitalista, una perspectiva constitucional*, Editorial Universidad de Granada, 2009.

- *Dirección económica y mercado en la Constitución europea*, en: Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de Derecho constitucional, N°. 15, 2006, pp. 137-175.

García Martínez R., *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley española de defensa de la competencia*, en: Poder Judicial, n° 64, pp. 309-365.

García Morillo, J., *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Luis López Guerra (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

- *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de libertad*, Universitat de València, Valencia, 1995.

García Pelayo, M., “*Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución*” en Ramírez M., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.

- *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, “*El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española*”, en *Obras Completas (II)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1655-1663.
- *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1980.

García Pérez, R., *“Libre circulación de mercancías y competencia desleal”*, Fundación Caixa-Galicia, Marcial Pons, 2005.

García Ruíz, J.L., *Historia económica de la empresa moderna*, Istmo, Madrid, 1994.

- *Historia de la empresa mundial y de España*, Síntesis, Madrid, 1998.

García Torres, J., y Jiménez Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.

García Vitoria, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

- *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Madrid, 2004.

- *La libertad de empresa en la Carta (artículo 16 CDFUE) en:* García Roca, J., y Fernández Sánchez, P.A., (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

- *Libertad de empresa e integración europea: la Directiva de Servicios y la libertad de establecimiento comercial, en:* *Internacionalización del Derecho Constitucional y*

constitucionalización del Derecho Internacional, VIII Congreso ACE, San Sebastián, 4 y 5 febrero 2010.

Garmendia Ibáñez, J., *La economía española en la Unión Europea (1986-2002)*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial (Euskal Herriko Unibertsitatea, argitalpen zerbitzua, D.L.), Bilbao, 2004.

Garrido Falla F. y otros, *El Modelo Económico en la Constitución Española, (Tomos I y II)* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

Garrigues, J., *La defensa de la competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

Gatti, E., *Derechos Subjetivos y Relaciones Jurídicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

Gavara de Cara, J. C., *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Ghidini, G., *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, CEDAM, Padova, 1978.

Gil Alcamí, J.M., y otros, *Evaluación del impacto de las políticas intensivas de intervención frente a los accidentes de trabajo en empresas de la Comunidad Valenciana*, en: Archivos de prevención de riesgos laborales, Vol. 13, N°. 3, 2010, pp. 128-134.

Gondra Romero, J. M., “*La Estructura Jurídica de la Empresa (El Fenómeno de la Empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)*”, en: Revista de Derecho Mercantil, Madrid, No. 228, abril- junio de 1998.

- *¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?*, En: Revista de derecho mercantil, N° 226, 1997, pp. 1545-1672.

Gómez-Reino y Carnota, E., *Código de defensa de la competencia: (normativa española y comunitaria)*, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1999.

Gómez Zorraquino, J.I., *El fracaso de las compañías y fábricas privilegiadas en Aragón*, Historia Moderna y Contemporánea, n° 17, Ediciones Universidad de Salamanca, Zaragoza, 1997, pp. 213-233.

Górriz López, C., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, en: Revista de derecho de la competencia y la distribución, 2010, pp. 37-76.

Granell Trías, F., *La tercera Presidencia española y el futuro de la Unión Europea*, en: Boletín económico de ICE, N° 2717, del 21 de enero al 3 de febrero de 2002, pp. 15-20.

Guerra Fernández, A., *La defensa de la competencia en España: evaluación del modelo actual ante el reto de la modernización en la Unión Europea*, en: Ekonomiaz, n° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 166-183.

Guillén Caramés, J., *Libre Competencia y Estado Autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Häberle, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003.

Habermas J., *¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°. 105, 2002, pp. 947-978.

Hayek, F., A., *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid 2008.

Hernández Andreu, J., y García Ruiz, J.L., (Compiladores), *Lecturas de historia empresarial*, Civitas, Madrid, 1994.

Hernández Gil, A., *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982.

Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro P., (eds.), *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 2009.

Herreros López, J.M. *El contenido social de la carta de los derechos fundamentales* en: Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid, N° 7, 2004.

Herrero Suárez, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

Hesse, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, traducción: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995.

Himmelberg, R.F., *Does antitrust matter? a comparative history of antitrust policy and the evolving corporation in Britain and the United States*, en: *Reviews in American History* 21, The Johns Hopkins University Press, 1993, pp.273-278.

Iglesias Cabero, M., *Nuevas variantes en el fenómeno de la sucesión empresarial. Directivas comunitarias y artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*, en: *Revista jurídica de Castilla y León*, N°. 3, 2004, pp. 253-272

Immega U., *El mercado y el Derecho, estudios de derecho de la competencia*, traducción de: Embid Irujo, J.M., Estevan de Quesada C., Ferrando Villalba M.L., González Castilla, F.; Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

- “*El Derecho del Mercado*”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 235, enero/marzo 2000, p. 1.



Jellinek, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción y estudio preliminar originario por Adolfo Posada, Comares, Granada 2009.

- *Teoría general del Estado*, Comares, Granada, 2000.

Jiménez Campo, J., *Derechos Fundamentales Concepto y Garantías*, Trotta, Madrid, S.A., 1999.

Jiménez Sánchez, G. J., (coord.), *Derecho Mercantil*, Ariel Derecho, Madrid, 2005.

Jordana J., *Producción y percepción de bienes públicos en la lógica de la acción colectiva*, en: Revista Internacional de Sociología, (RIS), vol. LXV, nº 46, enero-abril, 2007, pp.37-61.

Juan Asenjo, O. de, *La Constitución Económica Española, Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Julio Estrada, A., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

Kokott, J., *El pensamiento económico en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea, algunos comentarios a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, 2010, pp. 7-14.

Koppenfels, U. von, *European Commission Proposes New Rules to Implement EC Competition Law*, en: German Law Journal, Vol. 1, N°. 4, 2000, p. 3.

Kumar Dasgupta, A., *La teoría económica da Smith a Keynes*, traducción de Giuseppe Nobile, Il Mulino, Bolonia, 1987.

Lavagna, C., *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bolonia, 1977.

Linde Paniagua, E., *Fundamentos de derecho administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Colex, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.

Lo Faro, A., Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking, en: Lavoro e diritto No 22, 2008, pp. 63-96.

Locke, J., *Locke, Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1976.

López Aguilar, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial: sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

López Garrido, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.

López Guerra., L., (coord.), *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

López y López, A. M<sup>a</sup>, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.

Lorca Navarrete, J. F., *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 2001.

Lorente, M.A., y Capella J.R., *El crack del año ocho. La crisis. El futuro*, Mínima Trotta, Madrid, 2009.

Lorenzo Rodríguez-Armas, M., *Análisis del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.

Lucarelli, A., *Art. 16. La libertà di impresa*, en: *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 130-139.

- *Art. 17. Diritto di proprietà*, en: *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 139-154.

- *Diritti sociali e principi 'costituzionali' europei*, en: *Democrazia e diritto*, No 41, 2003, pp. 179-192.

Lucas Verdú, P., *Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*, Sección de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1984.

Luciani M., *Economia nel diritto costituzionale*, en: *Digesto delle discipline pubblicistiche* V, Utet, Torino, 1990, pp.373-385.

Luque González, J. M., *Schengen. Un espacio de libertad, seguridad y justicia*, en: *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, N°. 21, 2004, pp. 139-149.

Llano, C. H. del, *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005.

Macera, B.-F., *El deber industrial de respetar el ambiente: análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Maestro Buelga, G., *“Constitución económica e integración europea”*, en: *Revista de Derecho Político*, No. 54, 2002, pp. 33-111.

- *“La Constitución del trabajo en el estado social”* Comares, Granada, 2002.

- *El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y estados miembros*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N°. 5, 2006, pp. 65-100.
- *“Pacto de estabilidad y gobierno económico de la Unión Europea”*, en: Revista Vasca de Administración Pública, n°. 74, 2006, pp. 257-288.
- *“Constitución Económica y Modelo social europeo”*, en: Revista de Derecho Político, No. 114, 2006, pp. 49-82.
- *Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX* en: Revista de derecho político, N° 41, 1996, pp. 119-175.
- *Globalización y Constitución débil*, en: Teoría y realidad constitucional, N° 7, 2001, pp. 137-172.
- *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N°. 8, 2007, pp. 43-73.
- *Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea*, en: Constitución, Estado de las

Autonomía y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo). AAVV. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

- *Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional* en: Revista Vasca de Administraciones Públicas, N° 46, 1996.

Manzini, P., *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, en: Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto, Vol. 23, N° 4, 2009, pp. 821-851.

Martín Aranaga, I., “*Las políticas de inserción en la Unión Europea: una comparación Francia-Reino Unido-España*”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 7 (oct. 1999), Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante, pp. 21-46.

Martín Mateo, R., *El marco público de la economía de mercado*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003.

- *Tratado de derecho ambiental*, (v. iv) Edisofer, Madrid, 2003.

Martín-Retortillo, S., *Derecho Administrativo Económico I*, Ed. La Ley, Madrid, 1988.

Martín Retortillo Baquer, L., y De Otto y Pardo, I., *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

Martínez-Pujalte, A.-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Martínez Rivas, F., *Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada*, en: Cuadernos de Derecho Transnacional 2009, vol. 1, no 1, pp. 132-142.

Martínez Sierra, J.M., *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*, Ed. UCM, Madrid, 2003.

Martínez Yañez, N. M<sup>a</sup>, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma*, en: Puy Muñoz, F. (coord.), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 85-87.

Maurer, S.M. y Scotchmer S., *Profit Neutrality in Licensing: The Boundary Between Antitrust Law and Patent Law*, en: American Law and Economics Review, Oxford University Press on behalf of the American Law and Economics Association, 2006, pp. 476-522.

McCormick, J. P., *Weber, Habermas, and transformations of the European state: constitutional, social, and supranational democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Medina Guerrero, M., *La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Menéndez, A. (Dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

- *Constitución, sistema económico y derecho mercantil* (lección inaugural del curso académico 1982-1983, universidad Autónoma, Madrid, 1982.

Mercurio, N., *Derecho y economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992.

Mezzetti L., *Costituzione economica e libertà di concorrenza: modelli europei a confronto*, G. Giapichelli, Torino, 1994.

Miranda Serrano, L. M<sup>a</sup>, *Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea*, en: R.V.E.H., N° 9 - III/2003, pp. 183-214.

Molina Navarrete, C., y Gómez Cabrera, C. J., *Límites constitucionales a la libertad de empresa y derechos fundamentales "inespecíficos" del trabajador*, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N° 2, 1999, pp. 263-290.

- *Libertades. Libertades económicas y principios institucionales del mercado de trabajo comunitario: el derecho al trabajo, a la elección de actividad profesional y a la libertad de empresa*, en: Comentarios a la Constitución Europea, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, pp. 541-574.



Monereo Pérez, J.L. (Director), y otros, *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

Montalvo Correa, J., *Modelo económico y social de la Constitución y relaciones laborales*, en: VV.AA. Jornadas sobre derecho del trabajo y Constitución, Instituto de estudios laborales y de la seguridad, Madrid, 1985, pp. 237-257.

- *La participación de la economía social en el diálogo social*, en: AA. VV, *La economía social y el tercer sector: España y el entorno europeo*, Escuela libre editorial, 2003, Madrid, pp. 87-112.

Montero Pascual, J.J., *La libre prestación de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior*, en: Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 14 - 1er semestre 2008, pp. 103-115.

Montoro Sánchez, M<sup>a</sup> A., *Alfred D. Chandler y la historia de la empresa*, en: Libros de economía y empresa, 2008, pp. 53-55.

Montoya Melgar, A., *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario* en: Revista del Instituto de Estudios Económicos, 2004, pp. 109-158.

Morelli, U., *I progetti costituzionali di origine parlamentare nel processo di integrazione europea prima della dichiarazione di Laeken*, en: Bilancia P., y D'Amico P., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 1-25.

Mortati, C., *La constitución en sentido material*, traducción de Almudena Bergareche Gros, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Möschel, *Use of economic evidence in antitrust litigation in The Federal Republic of Germany*, The Antitrust Bulletin, Vol. 33, 1987, p. 524.

Muñoz García, J., *La Unión Europea: mercado y competencia*, en: Política y sociedad, N° 29, 1998, pp. 7-16.

Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997.

- *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Iustel, Madrid, 2011.

- *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

Muñoz Machado, S. y Baño León, J. M., “*Libertad de empresa y unidad de mercado*”, en *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Madrid, 1989.

Musella, M., y D’Acunto, S., *Economía política del non profit*, G. Giapichelli, Turín, 2000.

Müller-Armack, A., *Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social en la Economía de Mercado*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963, pp. 83-126.

Münch, Ingo von, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.

Navarro Clari, J.J., *Curso de historia económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Navarro Suay, M<sup>a</sup> del C., *La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos*, en: *Revista de derecho mercantil*, N<sup>o</sup> 253 julio- septiembre, 2004, pp. 1085-1118.

Nieto Solís, J.A., *Modelo económico, perfil social y dimensión política, caracterización y asimetrías de la integración europea*, en: *Revista de economía mundial*, N<sup>o</sup> 1, 1999, Madrid, pp. 97-112.

Noguera Fernández, A., *La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia*, en: *Revista de derecho social*, N<sup>o</sup> 44, 2008, pp. 97-119.

Núñez Núñez, J., *Libertad de empresa y reserva de ley*, en: *Poder Judicial*, 1986, pp. 135-152.

Ojeda Marín, A., *El contenido económico de las constituciones modernas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

Ortega Bueno, R., *La discriminación de precios bajo el prisma del Derecho de la competencia*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, N° 213, 2001, pp. 45-56.

Ortiz Baquero, I.S., *La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia*, en: Revista e-mercatoria, N°. 2, 2009.

Ortiz Blanco L., y Cohen S., *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen III, Dykinson, Madrid, 1999.

Ortiz Lallana, M<sup>a</sup> del C., *Libertad de establecimiento y empresas multinacionales (I)*, en: Actualidad Laboral, N° 1, 1990, pp. 129-140.

- *Libertad de establecimiento y empresas multinacionales (II)*, en: Actualidad Laboral, N° 1, 1990, pp. 141-154.

Ossenbühl, F., *Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn*, en: Revista española de derecho constitucional, Año n° 11, N° 32, 1991, pp. 9-44.

Paier, J. J., *“Ley Fundamental y orden económico”*, en Benda E., Maihofer W., Vogel H., Hesse K., y Heyde W., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001.

Palafox, J., (coord.) *Curso de historia económica*; Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Parejo Alfonso, L., “*El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la ‘crisis’ de las prestaciones y los servicios sociales*”. Revista de Administración Pública, No 153, septiembre–diciembre de 2000, pp. 217 – 249.

- *Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en: Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi, Rafael Gómez-Ferrer Morant, (coord.), 1989, Editorial Civitas, Madrid, pp. 923-976.
  
- *Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea*, en: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. 2, 2008, Madrid, pp. 853-908.
  
- *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en: Revista española de Derecho Constitucional, Año N° 1, N° 3, 1981, pp. 169-190.
  
- *Los principios generales del Derechos Administrativo Comunitario*, en: AA.VV., Manual de derecho administrativo comunitario, Editores: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp.39-94.
  
- *Crisis y renovación en el derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- *Reflexiones sobre la Economía y la Administración pública en la Constitución*, en: Cuadernos de derecho público, N° 25, 2005, pp. 27-54.
  
- *Eficacia y administración: tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995.
  
- *Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.
  
- (*Estudio Preliminar*) en: Correa Henao, M., *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
  
- *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid. 1981.
  
- *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
  
- *El sistema económico en el ordenamiento español*, en: Revista de Derecho público, No 37, 1989.
  
- *La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español*, en: REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004.

- *La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema*, en: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, Iustel, 2009.

Parejo Alfonso, L. y Dromi R., Seguridad pública y derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2001.

Pascual y Vicente, J., *Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación antitrust son españoles (noticia documentada sobre los antecedentes históricos de la legislación antitrust)* en: Gaceta Jurídica, N° 225, mayo/junio de 2003, p. 113.

- *Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia*, en: Gaceta Jurídica, n° 224, Madrid, marzo/abril 2003, pp.10-31.

Pastor, S., *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.

Paz-Ares, C. y Águila Real, J.A, *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en AAVV, Estudios Homenaje a Luí Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

- *Art. 38*, en: Comentarios a la Constitución Europea, coord. por Vicente Garrido Mayol, y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. 2, 2004, pp. 980-1000.

Paz-Ares Rodríguez, J. C., *El ilícito concurrencial de la dogmática monopolista a la política antitrust: (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)* en: Revista de derecho mercantil, N° 159, 1981, Madrid, pp. 7-150.

- *Constitución económica y competencia desleal*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1981.

Peces-Barba Martínez, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Pedrajas, M., *La transformación ética de la racionalidad económica en Amartya Sen. Una recuperación de Adam Smith*, en: Quaderns de Filosofia i Ciència, N°. 36, 2006, pp. 105-117.

Pérez Fernández, J. M., *Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- *La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de Servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles*, en: Revista Catalana de Dret Públic, número 42, 2011, pp. 297-334



Pérez Luño, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.

Pérez Royo, J., *La Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, en: Revista española de Derecho Constitucional, nº 10, 1984, pp. 157-181.

Petitbò Juan, A., *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en: Economía Industrial, Nº 349-350, Madrid, 2003, pp. 127-138.

Picon Risquez, J., *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Piñar Mañas, J.L., (coord.), *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.

Pisarello Prados, G., *Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?*, en: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: Seminario "El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación. (Valencia, 26 y 27 de noviembre de 2001)).

- *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, en: Revista de derecho constitucional europeo, Nº. 5, 2006, pp. 245-278.

- *Las afinidades constitucionales de Habermas*, en: Jueces para la democracia, N° 39, 2000, pp. 50-56.
- *El proyecto de nueva Constitución Europea: notas críticas*, en: Jueces para la democracia, N° 49, 2004, pp. 9-12.

Poncibò, C., *Antitrust between ec law and national law/antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, en: Common market law review, N° 43 (4), 2006, pp. 1208-1209.

Puy Muñoz, F. (coord.), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

Prat, C., *Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del Derecho mercantil y del Derecho Antitrust*, en: Gaceta Jurídica, n° 230, Marzo/abril 2004.

Predieri, A. *Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante*, en: Revista de del Centro de Estudios Constitucionales, n° 17, enero-abril, 1994, y en: AA.VV. *La Costituzione económica, Atti del Convegno Ferrara*, 11-12 ottobre 1991, Milano, CEDAM, 1997.

Pribán, J. y Young, J., *The rule of law in Central Europe: the reconstruction of legality, constitutionalism and civil society in the post-Communist countries*, Ashgate/Dartmouth, Cop., Aldershot, 1999.

Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

Quadra-Salcedo Janini, T. de la, *Mercado nacional único y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

- *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

Quiroga Lavié, H., *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

Rahmann, D., *Arbitrability of Antitrust Issues*, en: *Comparative law yearbook of international business*, 1990, pp. 97-118.

Raimondi, G., *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della corte europea dei diritti dell'uomo*, en: *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 417-436.

Ramajoli, M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'Art. 41 de la Costituzione*, en: *Diritto amministrativo*, 2008, pp. 121-162.

Ramírez M., “*Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*” en: El desarrollo de la Constitución española, Libros Pórtico, Madrid, 1982.

Ramírez M. y García-Pelayo, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución*, Estudios sobre la Constitución española de 1978, Libros Pórtico, Madrid, 1979.

Ramírez Martínez J. M., *Libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea*, en: Actualidad Laboral, N° 33, semana 11-17 septiembre 1989, pp. 431-447.

Raffensperger C., y Tickner J., *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Island Press, 1999.

Razquin Lizarraga, J. A., *El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación*, en: Revista Jurídica de Navarra, enero-junio 2010, N° 49, pp. 85-136.

Reich, N., *Mercado y derecho: teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*, Ariel, Barcelona, 1985.

Rescigno, P., (direc.), *Trattato di diritto privato*, UTET, Turín, 1983.

Rey Martínez, F., extracto del volumen: *Como Nacen los Derechos Fundamentales*, en *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, volumen I 1999-2000; Giuffrè Editore, Milán, 2001.

- *La propiedad privada en la constitución española*, BOE y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Rivero Ortega, R., *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Robles Martín-Laborda, A., *Libre Competencia y Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2001.

Rodas Paredes, P., *Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión Europea: comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008. c-210/06, "Cartesio"*, en: *Revista de derecho mercantil*, N° 271, pp. 261-281, 2009.

Rodotà, S., *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1987.

Rodríguez, J. I., *Política económica y social: principios rectores comentados*, Paraninfo, Madrid, 1995.

Rodríguez Boente, S.E., Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876, en: Puy Muñoz, F. (coord.), Los derechos en el constitucionalismo histórico español, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

Rodríguez Cabrero, G., *Orígenes y evolución del estado de bienestar español en su perspectiva histórica. Una visión general* en: Política y Sociedad 2, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1989, pp. 79-87.

Rodríguez Díaz, I., *El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios*, en: Gaceta Jurídica, nº 228, noviembre/diciembre, 2003, pp.33-51.

Rodríguez Romero, L., *El Instituto Nacional de Industria: Una historia económica*, en: Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History, pp. 311-316.

Rodríguez- Toubes Muñiz, J., *Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1837*, en: Puy Muñoz, F. (coord.), Los derechos en el constitucionalismo histórico español, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

Roemer, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Rojo Fernández-Río, Á. J., *El empresario*, en A. Menéndez y otros; *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

- *El derecho económico como categoría sistemática*, en: Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, 1981, EDERSA, pp. 977-1014.
- *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, en: Revista de derecho mercantil, N° 169-170, 1983, pp. 309-344.

Roldán Barbero, J., *La Unión Europea y la soberanía de España*, en: ReDCE. Año 6. N° 12., Julio-diciembre/2009. pp. 239-282.

Rossano C., y otros, *Hacia el Tratado de Lisboa, Las perspectivas de la constitución europea*, en: Revista de derecho constitucional europeo, N° 8, 2007, pp. 153-168.

Rosenkrantz, C. F., *La autonomía personal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Roth, P. M. (Peter M.), *European community law of competition*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

Rovira Flores de Quiñonez, M<sup>a</sup> C., *Los derechos humanos en la Constitución de 1869*, en: Puy Muñoz, F. (coord.), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

Rubio Llorente, F. y otros, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995.

- “*La libertad de empresa en la Constitución*”, en: *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, J. L. Iglesias Prada, (Coord.) Civitas, Madrid, 1996.
- *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1995.

Ruiz-Rico Ruiz, G. *La libertad de empresa en la Constitución Económica Española, especial referencia al principio de la libre competencia*, en: *Revista de derecho mercantil*, N. 215 (enero-marzo 1995), pp.223-258.

Saitto, F. *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana*, IANUS Fascicolo n. 5/2011, Universidad de Siena, Siena, pp. 9-75.

Salvi, C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, en: *Europa e diritto privato* (2), 2011, pp. 437-458.

San Román, E., *Nacimiento de la SEAT: antarquía e intervención del INI*, en: *Revista de Historia Industrial*, nº 7, año 1995, pp. 141-165.



Sánchez Armas, T. de J., *La Directiva de Servicios y su impacto en la distribución comercial. Anatomía de una transposición*, en: Boletín económico de ICE nº 2990 del 1 al 15 de junio de 2010, pp. 37-50.

Sánchez Blanco, A., *El principio comunitario de cohesión económica y social*, en: Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, Nº 29, 1991, pp. 123-138.

- *Libre competencia y modelos económicos públicos en la Unión europea*, en: Noticias de la Unión Europea, Comunicación presentada en las XVIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, noviembre, 1995, pp. 47-54.

Sánchez Calero F. y Sánchez Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

Santos Lorenzo, S., y Turner-Kerr, P., *¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España*, en: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, Nº 245, 2006, pp. 42-56

Savigny, M.F.C., de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducido del alemán por M.Ch. Guenoux, Comares, Granada, 2005.

Segoviano Astaburuaga, M.L., *El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores*, en: Revista jurídica de Castilla y León, N° 2, 2004, pp. 147-190.

Segura Sánchez, J., *La política de defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional*, en: Ekonomiaz, n° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 16-39.

Sen, A., *¿Tiene sentido económico la ética de los negocios?*, en: Debats, N° 77, 2002 (Ejemplar dedicado a: Nuevas formas de democracia económica), pp. 116-127.

- *Trabajo y derechos*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 119, N° 2, 2000 (Ejemplar dedicado a: Política social y protección social), pp. 129-140.

- *Capitalismo más allá de la crisis*, en: El Viejo topo, N° 255, 2009, pp. 16-23.

- *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Barvao, Alianza, Madrid, 2000.

- *La idea de la justicia*; traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, Madrid, 2010.

Serrano Carvajal, J., *Libertad de empresa y planificación en la Constitución española*, en: Revista de Política Social, N° 121, 1979, pp. 439-468.

Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, traducción: Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1998.

Soriano García, J.E., *La defensa de la Competencia en España: una explicación de sus fundamentos políticos*, en: Revista jurídica argentina La Ley, 1992, Buenos Aires.

Stober, R., *Derecho administrativo económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992.

Suárez-Llanos Gómez, L., *Derecho, Economía, Empresa, Elementos Teoría General del Derecho Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1988.

Schwartz, P., *Empresa y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1981.

Tamames, R., *España entre la economía de mercado y la planificación democrática*, Conferencia pronunciada el día 8 de febrero, Madrid, 1982.

- *Sin alternativa a la globalización*, en: Revista de Economía Mundial 18, 2008, pp. 129-139.

Tapia Hermida, J. A., *El régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) en la Unión Europea y en España*, en: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, N°. 20, 2008, pp. 1-58.

Tajadura Tejada, J., (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

Tornos Mas, J., *La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones*, en: *Grandes establecimientos comerciales: su ordenación e implantación*, 2000, pp. 11-31.

Tortella, G., *El desarrollo de la España contemporánea: historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza, Madrid, 1998.

Uriarte Torrealday, R., *Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el Proyecto Constitucional europeo*, en: *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 4, 2005, pp. 333-372.

Uría, R. *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Valdés Dal-Re, F., *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, en: *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 1990, pp. 277-294.

Vaquero Caballería, M., *La acción social: (un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Varela Carid F., *Economía y defensa de la competencia: una visión general*, en: *Ekonomiaz*, n° 61, primer cuatrimestre 2006, pp. 57-81.

Várela Suanzes, J., *¿Qué ocurrió con la ciencia del derecho constitucional en la España del siglo XIX?*, en: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Murcia, 1997, pp.93-168.

Velarde, J. y otros (dir.), *El Estado en la economía española*, Jornadas de Alicante sobre Economía Española (8a. 1993. Alicante), Civitas, Madrid, 1994.

Velasco San Pedro, L.A., (coord.) *El derecho europeo de la competencia, (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

- *Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia*, en: Revista de derecho de la competencia y la distribución, N.º. 6, 2010, pp. 13-36.

Vera Jurado, D.J., *Evolución e integración de la perspectiva ambiental en la legislación y su influencia en el ámbito local*, en: Revista: Jábega, N.º. 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y medio ambiente en la provincia de Málaga (II) Saturnino Moreno Borrell, coord.), pp. 75-92.

Vez Pazos, A., *“¿Aplicación privada o pública?”*, en: Artículo publicado el domingo, 10 de mayo de 2009 en el suplemento Mercados de “La Voz de Galicia”.

Vicente Blanco, D.-J., *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, en: Premio colección de estudios del Consejo económico y social de Castilla y

León, Edición 2009-II, Edición electrónica disponible en Internet:  
[www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php](http://www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php).

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

Viguri Perea, A., *Globalización y defensa del medio ambiente en el derecho privado: aplicación del principio "quien contamina paga" y régimen de la responsabilidad civil objetiva: derecho español, europeo, norteamericano y japonés*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2009.

Villarejo Galende, H., *El nuevo régimen de las autorizaciones comerciales en España. Una lectura Hitchcockiana de los efectos de la Directiva de Servicios: ¿de psicosis a sabotaje?*, Revista Catalana de Dret Públic, núm. 42, 2011, pp. 217-256.

Whitehead, G., *Elements of international trade and payments*, Woodhead-Faulkner, Cambridge, 1983.

Zamora Cabot, F.J., *Algunas claves del Derecho Antitrust de los Estados Unidos en:* Revista de derecho mercantil, N° 181-182, 1986, pp. 367-422.