

LA LIBERTAD DE EMPRESA Y ALGUNOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL*

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ**

Resumen: El trabajo analiza el contenido, historia y límites de la libertad de empresa en la Constitución española. Tratándose de los límites, éstos pueden ser de diversa índole, entre los que se encuentran los que derivan de la cláusula del Estado social. La definición de Estado social condiciona no sólo la interpretación de este derecho, sino especialmente la implementación práctica de la iniciativa privada. Estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe tratar de arbitrar soluciones a los posibles conflictos de normas constitucionales, entre los que destaca la ponderación de intereses. Aparece, entonces, el Estado social como criterio de discernimiento frente a eventuales vulneraciones de los derechos sociales.

Palabras clave: Libertad de empresa, Estado social, principio de proporcionalidad, economía de mercado, planificación económica.

Abstract: This paper analyzes the content, history and limits of the freedom of enterprise in the Spanish Constitution. Respecting the limits, they can be of various kinds, among which are those arising from the Welfare State clause. The definition of Welfare State determines not only the interpretation of this right, but especially the practical implementation of the private initiative. Setting conditions on the exercise of economic initiative, the State should try to devise solutions to possible conflicts with constitutional rules, among which the balance of interests stands out. The Welfare State appears then as a criterion of discernment against possible violations of social rights.

Keywords: Freedom of enterprise, Welfare State, the principle of proportionality, market economy, economic planning.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA LIBERTAD DE EMPRESA; 1. Significado de la expresión “en el marco de una economía de mercado” del artículo 38 de la CE; 2. Reconocimiento de la libertad de empresa en la CE; A. La reserva de ley para la libertad de empresa; B. Contenido esencial de la libertad de empresa; 3. El Derecho de la Unión Europea (UE) y su influencia en la comprensión de la libertad de empresa; III. LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA; 1. La iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE); 2. La planificación de la actividad económica (art. 131 CE); 3. La libertad de empresa en un Estado Social; IV. CONCLUSIÓN.

* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2010.

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2010.

** DEA en Derecho, Universidad de Deusto, Bilbao (christian.viera@uvm.cl).

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de empresa es un derecho fundamental de enorme trascendencia, tanto por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país la iniciativa particular, como por el hecho de que es necesario establecer condiciones para que este despliegue no sea arbitrario y que suponga una privación de derechos a las personas. De ahí que el Estado social, condicione su interpretación y suponga un correctivo de una comprensión de la libertad de empresa que beba de supuestos puramente neoliberales. En el presente trabajo, si bien abordaremos cuestiones relativas al contenido de la libertad de empresa, nuestro propósito es presentar algunos límites a ésta desde la perspectiva de un Estado social.

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. Significado de la expresión “*en el marco de una economía de mercado*” del artículo 38 de la Constitución Española (CE)

Característica principal del mercado es el intercambio a través del mecanismo de precios. Sin embargo, en la Constitución no existe una configuración concreta de cada mercado; en este sentido, la Constitución es marco de intervenciones plurales, reflejo del pluralismo político. Con todo, las intervenciones sobre los mercados no pueden desfigurarse su principal característica como instituto: el intercambio. De ahí que la Constitución sea un límite al pluralismo político, ya que si bien el mercado consiente un cierto grado de intervención pública, no habrá mercado cuando la actividad económica estatal deviene en planificadora¹.

Desde luego, la tendencia actual es que la prestación de servicios de todo tipo se encuentre en manos del sector privado. Tratándose de aquellos servicios más sensibles, éstos quedarán sometidos a regulación, que no tiene por finalidad el control del sistema y sus operadores, sino promover la competencia y proteger los intereses de los usuarios. La apertura a la competencia en estos sectores no da lugar a mercados libres sino regulados. Sectores como la energía, transporte, telecomunicaciones o el sistema financiero estarán siempre regulados, tanto por su importancia social, como por la asimetría de posición entre empresarios y usuarios; la dificultad de crear un mercado abierto y transparente en estos ámbitos así lo exige².

¹ Cf. CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 139.

² Cf. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L.; ARIÑO ORTIZ, G., *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercados de empresas*, 2ª edición ampliada, Comares, Madrid, 2003, pp. 9-11.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurría cuando eran los servicios públicos los titulares de la prestación, en la actualidad se estaría produciendo “una verdadera *despublicatio*: las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada. Ahora bien, dichas actividades son todavía de *responsabilidad estatal* en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deben llegar a todos sus ciudadanos (servicio universal)”³.

Junto al intercambio de productos, debe destacarse como propio de una economía de mercado la competencia. Cabe señalar que en todo el articulado de la CE no hay una sola referencia a la competencia, sin embargo, es tan fundamental esta característica, que se podría afirmar que se encuentra implícita⁴. De hecho, en la discusión constituyente se presentaron enmiendas para explicitar la libre competencia, que fueron retiradas⁵.

Entonces, dada esta imposición fáctica, está quien afirma que “un *mito* ha caído –la afirmación de que la libre competencia debe constituir siempre la regla y el monopolio la excepción– y una *exigencia rigurosamente imperativa* se ha impuesto: cualquiera que sea el tamaño de las empresas y por reducido que sea su número, se debe salvaguardar el clima de rivalidad económica necesaria para que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre diversas ofertas”⁶.

Ahora bien, ¿cómo se protege el mercado en la CE? Resulta interesante la distinción propuesta por CIDONCHA quien señala que la protección institucional del mercado opera en dos niveles⁷.

El primer nivel es el de la existencia del mercado en general, lo que implica la prohibición de su abolición general y su sustitución por la planificación estatal, es decir, si se sustrae una actividad económica del mercado, una decisión de esa envergadura no sólo elimina el mercado sino también la libertad de empresa, por ello no debe ser una decisión arbitraria y más bien específica y excepcional⁸.

El segundo nivel es el del contenido esencial del mercado. La protección institucional implica que allí donde hay mercado, el Estado debe garantizar un espacio de libertad de

³ *Ibid.*, p. 14.

⁴ DE JUAN ASEÑO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 145. Véase la nota 27 que recoge literatura que coincide con esta afirmación.

⁵ UBALDO NIETO DE ALBA, para explicar el retiro de la enmienda 755 señaló: “teniendo en cuenta que la competencia es un elemento esencial de la economía de mercado..., al constitucionalizarse la economía de mercado, los métodos de defensa de la competencia, es decir, las leyes especiales antimonopolio y *antitrust*, las comisiones de investigación, los tribunales especiales de la competencia están *implícitamente* constitucionalizados, por todas estas razones retiramos la enmienda 755” (NIETO DE ALBA, U., *Diario de Sesiones del Senado*, N° 51, Rivadeneyra S.A, Madrid, 1978, p. 2448.

⁶ CALVO CARACAVA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea* Editorial Colex, Madrid, 2003, 264. La cursiva es de los autores citados.

⁷ CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, pp. 153-155.

⁸ *Ibid.*, pp. 153-154.

fijación de las condiciones de intercambio por parte de los privados; y si el Estado interviene, no puede ser de tal envergadura que elimine su contenido esencial⁹.

Ahora bien, en su contexto histórico y geográfico, la CE fue original en la constitucionalización del mercado¹⁰. En todo caso, la comprensión de lo que sea el mercado tiene límites, que podríamos clasificar en límites por exceso y por defecto. Por exceso, la CE no permite un sistema de mercado puro, con una economía altamente liberalizada, tanto porque España se constituye en un Estado social, como por el reconocimiento de iniciativa económica para el Estado. Por defecto, no puede desnaturalizarse el mercado, de manera tal, que devenga en una economía planificada y centralizada. Hay intervención de los poderes públicos, pero el corazón del modelo descansa en la iniciativa privada.

2. Reconocimiento de la libertad de empresa en la CE

A. *La reserva de ley para la libertad de empresa*

Dice el art. 53.1 de la CE que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Es decir, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales está reservada a la ley, y estando ubicada la libertad de empresa dentro de las normas del Capítulo II, Título I de la CE, el ejercicio de este derecho debe ser regulado por ley.

Transparente y sencilla resulta esta afirmación, sin embargo, no está exenta de problemas interpretativos.

La noción “reserva de ley” es la alternativa germánica del principio de legalidad: hay materias reservadas a la ley porque hay otras en que la potestad reglamentaria puede operar libremente¹¹. No obstante, la CE junto con establecer la reserva de ley, también consagra el principio de legalidad (art. 9.1). Por lo mismo, no sería una interpretación correcta sostener que sobre las materias no expresamente reservadas a la ley el reglamento puede moverse con libertad, toda vez que sí está presente en la Constitución el principio de legalidad. En el caso de las materias reservadas a la ley, de caber remisión, la ley que reenvía ha de

⁹ *Ibid.*, p. 154.

¹⁰ Ya no lo es tanto, puesto que hay otros países que también han consagrado expresamente la economía de mercado en sus Cartas: Constitución de Hungría (1949), art. 9, Constitución de Polonia (1997), art. 20. Conviene recordar que en el caso de Hungría, el vigente texto constitucional es resultado de sucesivas reformas practicadas sobre la base de la redacción originaria de 1949 y representa la consecuencia normativa del tránsito realizado desde un Estado socialista hacia un ordenamiento democrático.

¹¹ Cf. RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 437.

contener todas las determinaciones esenciales y el reglamento sólo podrá complementar las cuestiones técnicas o la precisión de detalles, pero sin alterar el régimen de derechos u obligaciones resultantes de la ley. Por ende, tratándose de la libertad de empresa, el reglamento sólo podrá regular cuestiones secundarias¹².

En el caso de la reserva de ley cabe realizar una doble consideración.

Por un lado es necesario revisar el estatuto de la ley desde una perspectiva formal (a qué nos referimos cuando hablamos de ley) y, por otro, conviene justificar la sustracción de la regulación del ejercicio de la libertad de empresa a la ley: en que se funda su *ratio*.

Desde luego, cuando la Constitución afirma la reserva de ley, ¿a qué “tipo” de ley se refiere, toda vez que el art. 81.1 señala que el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas deben ser regulados por ley orgánica? ¿Es ese el caso de la libertad de empresa? Al parecer no, pues la reserva por ley orgánica se refiere más bien a los derechos establecidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I. Por consiguiente, sólo el desarrollo normativo de los artículos 15 a 29 queda incluido en el ámbito de la ley orgánica¹³.

Tratándose de los Decretos-Leyes, dice el art. 86.1 que en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno los puede dictar, con tal de “no afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”. ¿Es posible, entonces, por medio de Decretos Leyes regular la libertad de empresa? En principio y dada la literalidad de la norma, parece que no le está permitido al Ejecutivo actuar en la esfera de la libertad de empresa mediante este tipo de instrumentos normativos. Sin embargo, cabe relativizar esta afirmación.

Para empezar, *ex post* el Decreto Ley debe ser revisado por el Parlamento, sea convalidando o derogando (art. 86.2), lo que supone una intervención legislativa (y deliberativa).

Lo problemático es la afirmación referida a la no afectación de derechos y libertades de los ciudadanos. Se podría señalar que la limitación opera respecto de los derechos contenidos en la sección 1ª del capítulo II del Título I, por su importancia y porque son los más sensibles frente a abusos o arbitrariedades, pero sobre todo porque conectando la libertad de empresa con otras normas de la Constitución que autorizan la intervención estatal en la economía, con tal que exista un fundado y razonable interés, nada obsta a que esa actuación ejecutiva se realice bajo la modalidad de un decreto ley. En todo caso, el Tribunal Constitucional (TC) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto, aceptando una limitación de la libertad de empresa por medio de esta fuente legal¹⁴.

¹² *Ibid.*, pp. 437-438.

¹³ PRIETO SANCHÍS, L., “Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 62, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 132; RUBIO LORENTE, F.: “La libertad de empresa en la Constitución”, *op. cit.*, p. 438.

¹⁴ STC 111/1983, de 7 de diciembre de 1983, FJ 10.

Tratándose de las leyes autonómicas, ¿la reserva de ley exige que ésta sea ley estatal o también es posible la regulación del ejercicio de la libertad de empresa por ley de Comunidad Autónoma? Muy prematuramente el TC tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este punto¹⁵. En esa sentencia el TC ha estimado que la ley autonómica es constitucional cuando no afecte las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de esa libertad, por lo que el ámbito de acción para el legislador autonómico es amplio, principalmente para hacer efectivas y eficaces las potestades legislativas autonómicas, pues muchas de ellas tienen relación con derechos constitucionales y, cómo no, con la libertad de empresa¹⁶.

¿Por qué se reserva al Parlamento la regulación de la libre empresa?

La ley desempeña un papel necesario en relación a los derechos fundamentales. Por un lado, la ley cumple una función positiva, ya que éstos sólo adquieren plenitud cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio. Por otro, la ley realiza la función de preservar el pluralismo político, pluralismo que se ha de garantizar incluso en materia de derechos¹⁷. El mismo TC se ha encargado de reafirmar la importancia de la reserva en estas materias: “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”¹⁸. Al mismo tiempo, constituye una protección de los ciudadanos frente a un eventual uso abusivo y arbitrario de las potestades públicas.

Además, un exceso de regulación por parte de la Administración del Estado conlleva el riesgo de debilitar los mecanismos de responsabilidad política, puesto que cuando actúa el órgano legislativo, la ciudadanía conoce a quienes deliberan y puede reaccionar ante aquellas decisiones que pueden resultarles perjudiciales, ya sea mediante el castigo en el proceso electoral o en la solicitud de que se haga efectiva la responsabilidad política. Estos mecanismos de control se diluyen tratándose de la Administración, puesto que favorece la invisibilidad de la adopción de decisiones. De ahí la necesidad que ésta también opere con criterios de transparencia y probidad¹⁹.

¹⁵ STC 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.

¹⁶ *Ibid.*, FJ 2, párrafo 6º.

¹⁷ Cf. ARAGÓN REYES, M., “Constitución y derechos fundamentales”, *Quaderns de Treball*, nº 2, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1994, pp. 19-20.

¹⁸ STC 83/1984, de 24 de julio de 1984, FJ 2, párrafo 3º.

¹⁹ Una interesante reflexión sobre el desplazamiento decisonal desde el Legislativo al Ejecutivo la encontramos en GALGANO, F., *Las Instituciones de la economía capitalista*, Ariel Derecho, Barcelona, 1990, pp. 60-65. Podría agregarse, en defensa de la actuación del Parlamento, que las decisiones de la Administración se hacen con ausencia de publicidad y participación de oposición política, elementos fundamentales en una sociedad democrática

Sin embargo, reconociendo la importancia de la reserva legal, esto no quiere decir que todas las esferas de la libertad de empresa se encuentran sustraídas a la actividad de normas infralegales. Ya apuntábamos que la ley debe contener los elementos esenciales y condiciones generales del ejercicio del derecho, pudiendo el reglamento ser un eficaz colaborador y es ese el sentido en el que se ha pronunciado el TC²⁰. De ahí que este tema deba ser relativizado, en el sentido de encontrar la correcta conexión entre ambas fuentes, lo que supone el análisis de los casos en que se produce el conflicto.

B. Contenido esencial de la libertad de empresa

Tratar sobre el contenido esencial de un derecho fundamental no es cosa fácil. Por un lado, se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse. Tan es así, que dando una mirada a la historia es posible advertir que la comprensión que se ha tenido sobre ellos no es la misma ayer que hoy y, baste pensar en uno concreto para verificar la mutación que ellos sufren. Sin embargo, a pesar de las mutaciones, ¿queda un espacio indisponible? ¿Es la esencia de los derechos una categoría supra espacio/temporal? Eso es lo que trataremos de analizar para el caso de la libertad de empresa.

La reserva de ley es la garantía formal de la libertad de empresa. La garantía material es la que resulta de la prohibición que impone la Constitución al legislador de afectar el contenido esencial del derecho (art. 53.1). La cláusula “contenido esencial” es ejemplo paradigmático de cláusula abierta y, la determinación de su contenido ha sido analizada por la doctrina desde diversas perspectivas, principalmente con una corriente absoluta y otra relativa.

En una temprana sentencia de 1981 el TC abordó esta cuestión, declarando que constituye el contenido esencial de un derecho “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) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”²¹.

A pesar de lo rotundo de las palabras, poco podemos deducir de esta definición, porque, cuáles son aquellos elementos que permiten reconocer al derecho como perteneciente a un tipo o cuáles son las condiciones que favorecen su comprensión. Dado que el problema

²⁰ STC 83/1984, de 24 de julio de 1984, FJ 4, párrafos 3º y 4º.

²¹ STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8, párrafo 1º.

no es de fácil análisis, urge que en un primer momento nos detengamos en los enfoques generales acerca del contenido esencial de los derechos.

Como es sabido, al interpretar esta cláusula pugnan dos posiciones: las teorías relativa y absoluta.

La primera identifica contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación: contenido esencial sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima²². ALEXY, para este caso, identifica el contenido esencial con lo que queda tras la ponderación, es decir, las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial²³.

Este principio consta de tres elementos: el examen de la adecuación de la limitación al bien que mediante ella se quiere proteger; el examen de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir una medida menos gravosa y la proporcionalidad estricta, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende. En resumidas cuentas, el contenido esencial será respetado cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos²⁴.

Por su parte, la teoría absoluta, sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso: contenido esencial sería una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate²⁵.

Tratándose de estas teorías, no existe una sola postura, pero es característica en ellas la distinción para cada derecho de dos partes: un núcleo y una parte accesoria. Tratándose del núcleo, las limitaciones no son posibles porque se trata del contenido esencial, permi-

²² Cf. PRIETO SANCHÍS, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, *Derechos y libertades*, nº 8, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, p. 438.

²³ Cf. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 259.

²⁴ Cf. MARTINEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 21-22. Para el principio de proporcionalidad, y sin que la lista de obras sea exhaustiva, véase CARBONELL, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003; FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008; 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, 2007; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; VIDAL FUEYO, C.: “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, año 11, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Berlín, 2005, pp. 427-447.

²⁵ Cf. PRIETO SANCHÍS, L.: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, *op. cit.*, p. 438.

tiéndose las restricciones en el anillo exterior o accesorio, siempre y cuando éstas no sean arbitrarias²⁶.

Ahora bien, el problema que presenta la cláusula es que no se trata sólo de un concepto indeterminado, sino que también puede llegar a ser un concepto impredecible, en el sentido que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental. Si esto es así, sólo en el momento del concreto juicio por el TC se podrá determinar si aquello que se presenta como derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión²⁷.

En todo caso, parece que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que acoge la concepción relativa²⁸, especialmente porque se trata de una teoría más realista, honesta y convincente justificar el no otorgamiento de protección a un derecho fundamental aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta, que cuando se afirma que no se protege la conducta de que se trate porque no forma parte del derecho²⁹.

A pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, puesto que después de aplicar el principio de proporcionalidad, puede ocurrir que tras ello no quede nada y signifique el vaciamiento del derecho. Pero la absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías pues si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del “contenido adjetivo” debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada.

Para el caso de la libertad de empresa, no es distinto el panorama y también colisionan las teorías absoluta y relativa.

Por un lado, se encuentran aquellos que defienden para la libertad de empresa un contenido irreductible, inmune a toda limitación. Se reconoce que es tarea difícil, pero no

²⁶ Cf. MARTINEZ-PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 22-23.

²⁷ Cf. PRIETO SANCHÍS, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, op. cit., p. 439.

²⁸ PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “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 MONEREO PÉREZ, J.L. et al. (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares Editorial, Granada, 2002, p. 398; PRIETO SANCHÍS, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, op. cit., p. 440.

²⁹ Cf. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 284-285.

renuncian a presentar un contenido absoluto para la libertad de empresa. En esta situación aparecen RUBIO LLORENTE³⁰, ARAGÓN REYES³¹ y ARROYO JIMÉNEZ.

En el caso de ARROYO JIMÉNEZ, expresamente adscribe a la teoría absoluta³², sin embargo, se muestra crítico con otras posiciones absolutas. Identifica el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa con el mandato dirigido a los poderes públicos de reconocer el marco de la economía de mercado, de modo que su contenido esencial “se concreta en el derecho individual a afrontar libremente aquellas actividades económicas cuya configuración como actividades de titularidad o de estricta regulación públicas, por implicar una transformación del modelo económico constitucional, resultaría contrario al contenido esencial”³³.

Claro está, libertad de empresa no puede entenderse sin mercado, por lo que identificar el contenido esencial de este derecho con el mantenimiento de la economía de mercado y la imposibilidad de un cambio de modelo económico, es aportar muy poco, porque la misma institucionalización del mercado en la CE implica la imposibilidad de su mutación. Tal vez, en un anhelo por defender la teoría absoluta, este autor se empeña por encontrar un reducto intocable, sin embargo, el respeto al modelo económico de mercado es insuficiente

³⁰ RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, pp. 440-445. Este autor, ante la dificultad de fijar un contenido esencial para la libertad de empresa asocia este derecho a la igualdad: “la libertad de empresa conlleva así, asociada con la unidad del mercado, una particular aplicación del principio de igualdad, la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen. No que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado” (p. 445).

Esta posición ha sido muy criticada, principalmente porque resta autonomía a la libertad de empresa, reduciéndola a la igualdad: cf. ARROYO, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 154; ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 21-25; PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “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”, *op. cit.*, p. 395.

³¹ ARAGÓN proporciona algunos elementos para determinar el contenido esencial. Parte de la distinción entre la facultad de iniciar, desarrollar y abandonar una actividad empresarial y frente a cada una de ellas señala un reducto infranqueable: “en cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también ese reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública” (ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, *op. cit.*, p. 33). Al parecer, la STC 225/1993, de 8 de julio de 1993, FJ 3 letra b es de esta opinión.

Las críticas a esta postura apuntan a la dificultad en la determinación de los mínimos de esencialidad, dado que en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias puede resultar legítima: cf. ARROYO, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, *op. cit.*, pp. 156-157; PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “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”, *op. cit.*, p. 394).

³² ARROYO, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, *op. cit.*, p. 119.

³³ *Ibid.*, p. 157.

como contenido esencial de la libertad de empresa, habida consideración que el instituto “mercado” ya está protegido constitucionalmente.

A mi entender, a pesar del notable esfuerzo que realizan los autores por encontrar un espacio intocable para la libertad de empresa, se podría sostener que la respuesta adecuada a esta cuestión está dada por la propuesta de la teoría relativa.

Como señalan PAZ–ARES y ALFARO, parece inútil el esfuerzo por tratar de delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. “La desazón proviene del hecho de que, por mucho que reduzcamos el contenido de la libertad de empresa, siempre puede haber razones que legitimen al legislador para no respetar ni siquiera ese ámbito”³⁴.

La libertad de empresa es un derecho de textura abierta, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo³⁵.

Asimismo, lo particular de la libertad de empresa es que el constituyente habría delimitado el derecho no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas como “interés general”, “exigencias de la economía general” o la “planificación”, por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a las cláusulas generales y sociales. A fin de cuentas, la gran mayoría de las tareas que justifican la calificación del Estado como social otorgan títulos de intervención en la actividad económica privada.

Por lo mismo, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la complejidad del mundo económico impide dar soluciones *a priori* sobre los resultados de ésta, ya que la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica; hay espacios en que la intervención del Estado es muy amplia y otras en que es reducida, *v.g.* no revisten el mismo grado de intensidad la intervención estatal en materia medioambiental o en el sector de telecomunicaciones que en el comercio minorista.

Por tanto, siendo el mercado el marco para el desarrollo de la iniciativa privada, contenido esencial de la libertad de empresa será el resultado de la ponderación de las medidas restrictivas, que deben cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad: necesidad, adecuación, proporcionalidad y, como señala ALEX Y, que el fin perseguido debe ser digno de la limitación del derecho fundamental por tratarse de intereses que tienen el mismo rango abstracto³⁶.

³⁴ PAZ–ARES, C.; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “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”, *op. cit.*, p. 394.

³⁵ Y así la ha afirmado el TC en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa: STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987, FJ 5.

³⁶ ALEX Y, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 72.

3. El Derecho de la Unión Europea (UE) y su influencia en la comprensión de la libertad de empresa

Como es sabido, los tratados de la UE consagran cuatro libertades fundamentales: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 26.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguo art. 3 letra c Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE)).

Consecuencia de lo anterior, es que se materializa una apertura económica para la distribución de mercancías dentro del mercado interior, no pudiendo los Estados impedir su circulación, salvo que existan atendibles razones de protección de los intereses generales de su población, medidas que, sin embargo, siempre pueden estar sujetas al escrutinio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Desde luego, en este proceso de integración ha sido necesario no sólo voluntad política, sino además implementar mecanismos para hacer efectivos sus propósitos. Al efecto, han entrado en vigor numerosas Directivas armonizadoras, que pretenden ajustar las diferentes legislaciones nacionales al derecho de la UE.

Pues bien, los Estados no podrán introducir restricciones al tráfico en el espacio de la UE más allá de lo que establezcan las directivas armonizadoras “lo que se traduce en que las restricciones contenidas en la Directiva actúan como límite máximo a la intervención restrictiva de los Estados, salvo que se trate de una Directiva de mínimos en cuyo caso se admiten regulaciones más estrictas siempre (que) el Estado pueda justificar dichas regulaciones en intereses dignos de protección”³⁷.

Por la importancia que reviste la libertad de empresa en el proceso de integración, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha reconocido que “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales” (art. 16). Es verdad que se trata de una sobria descripción del derecho, por lo que la comprensión de su contenido deberá ser completado por la labor interpretativa, sin embargo, esta positivización normativa no puede entenderse aislada del proceso de liberalización económica que supone la integración, sendero que ha seguido Europa de un tiempo a esta parte.

Por ello, uno de los desafíos que aparece en el horizonte radica en la armonización de la esencia social de los Estados europeos con una liberalización de la economía. Como señalara en su momento JOSPIN, “hasta hace poco tiempo, los esfuerzos de Europa se concentraban en establecer la Unión Económica y Monetaria, pero ahora tenemos que ensanchar la perspectiva, si no queremos que Europa quede reducida a un mercado y se diluya

³⁷ PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “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”, *op. cit.*, p. 418.

en la mundialización, porque Europa es más que un mercado; es portadora de un modelo de sociedad, fruto de la Historia, que se despliega por medio de los vínculos cada vez más intensos que unen hoy a los pueblos europeos³⁸.

Ahora bien, tratándose del ámbito de la prestación de servicios, la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros ha significado verificar empíricamente la tensión entre protección de ciertos derechos sociales y la salvaguardia de la libertad de establecimiento, situación en la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya ha tenido ocasión de pronunciarse según se desprende de jurisprudencia reciente³⁹.

Además, a finales de 2009 ha entrado en vigor en España la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como “Directiva *Bolkestein*”⁴⁰.

En cuanto a la finalidad de la Directiva, ésta señala que si se pretende lograr un mercado interior sin fronteras interiores en el que se encuentre garantizada la libre circulación de servicios, es necesario eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros (apartado 1). Y, para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la UE, resulta esencial un mercado competitivo de servicios y eliminar los frenos que impiden a los prestadores, principalmente a las PYME, extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Si se logran esos fines, se podrá ofrecer a los consumidores mayor transparencia e información y más posibilidades de elección y servicios a precios más bajos (apartado 2).

Tratándose del ámbito de aplicación, ésta “se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro” (art. 2.2), aplicándose “siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución”⁴¹.

³⁸ JOSPIN, L., *El futuro de Europa ampliada*, Discurso ante la Asociación de Prensa Extranjera, París, 28 de mayo de 2001. Traducción disponible en Internet: http://www.uned.es/dcpa/old_Doctorado_1999_2004/Torreblanca/Cursodoc2003/DISCURSOS/JospinMay2001es.doc

³⁹ Al respecto, pueden verse las siguientes sentencias del TJUE. Caso Viking (STJUE, de 11 diciembre 2007, *Finnish Seamen's Union y otros contra OÜ Viking Line Eesti y otros*, asunto C-438/05, Recop. p. I-10779), Laval un Partneri (STJUE de de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C - 341/05, Recop. p. I-11767) y Ruffert (STJUE de 3 de abril de 2008, *Dirk Ruffert contra Land Niedersachsen/Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C - 346/06, Recop. p. I-01989).

⁴⁰ Directiva 2006/123/CE. Tratándose del Estado español, éste ha armonizado su legislación en relación a lo exigido por la Directiva: véanse Ley 17/2009 y Ley 25/2009.

⁴¹ Directiva 2006/123/CE, apartado (8).

La Directiva pretende facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo un nivel elevado de calidad en los servicios (art. 1.1), pero “no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario” (art. 1.7), aunque puede existir una afectación directa o indirecta para el caso de la libertad de empresa, ya que se ve afectada su proyección sobre tales actividades de servicios⁴².

Sin perjuicio de la importancia que reviste la Directiva en su totalidad, puede señalarse que lo más relevante radica en los efectos que supone la liberalización de servicios, cuyos efectos se recogen en el art. 16 y que, en síntesis, implica que los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos y que, ante la eventualidad de que existieran inconvenientes para el acceso a una actividad de servicios o dificultades en el ejercicio del derecho, deberán respetarse los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 16.1 letras a, b y c).

Con todo, no se encuentra prohibido que un “Estado miembro al que se desplace el prestador imponga requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1. Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos” (art. 16.3)⁴³.

Si bien, ya la exposición de motivos de la Directiva manifiesta su confianza en que por medio de este instrumento no sólo se favorecerá una competencia más eficiente, sino que también redundará en mayor protección social⁴⁴, existen fundados temores en que su implementación favorezca una dificultad para los poderes públicos nacionales de ejercer un control sobre las empresas con el fin de comprobar que éstas cumplen con la legislación social, laboral y medioambiental⁴⁵.

⁴² A propósito de los efectos que produce esta Directiva en relación con la libertad de empresa, cf. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “La Directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas*, Civitas–Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 89-149.

⁴³ Véase art. 12 de la Ley 17/2009.

⁴⁴ Apartados 1–3 de la Directiva 2006/123/CE.

⁴⁵ Incluso algún autor ha sostenido que “la Directiva implica un supuesto de mutación constitucional de los Estados realizada al margen de la respectiva Constitución, en todo caso de la nuestra, por el camino indirecto –y en este caso tortuoso– del derecho derivado” (QUADRA–SALCEDO, T. DE LA; FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “La Directiva de servicios y la libertad de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 7, Portal Derecho S.A., Madrid, 2009, p. 60).

Asimismo, la transposición de la Directiva genera algunos problemas jurídicos desde la perspectiva del art. 38 de la CE. Al respecto, cf. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “La Directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, *op. cit.*, pp. 138-147, entre las que destacan los problemas de orden sustantivo (véanse pp. 139-144).

Este desafío es especialmente importante en el actual momento, especialmente por la emergencia de un nuevo fenómeno que ha provocado el conflicto entre las concepciones liberalizadoras y proteccionistas frente a los derechos sociales. Es lo que se conoce como *dumping* social.

Haciendo una analogía con la clásica definición de *dumping*, entendido como competencia vía precios inferiores a los costes reales con la finalidad de eliminar competidores y situarse en posiciones monopolísticas de mercado, el *dumping* social se refiere a fenómenos de interés político-económico en cuanto los bienes producidos contienen un diferencial competitivo al margen de los convenios multilaterales, pues el precio efectivo de dichos bienes es inferior al de mercado debido a una estructura de costes distorsionada en origen, debido a una sobreexplotación en las condiciones sociolaborales y/o salariales de la fuerza de trabajo⁴⁶.

El problema radica en que en un sistema económico de mercado altamente globalizado, resulta natural que las empresas busquen abaratar costes con la finalidad de resultar competitivas. Y uno de los costes fijos que fácilmente pueden ser afectados es el relativo a las condiciones de trabajo y salario de los trabajadores, especialmente porque en países con menos desarrollo humano, el coste de la mano de obra es notoriamente más bajo que en aquellos más desarrollados.

Y este fenómeno no se produce sólo en sectores primarios de la economía, sino que es cada vez más frecuente que países emergentes cuenten con importantes niveles de industrialización, a pesar de sus bajos indicadores desarrollo humano⁴⁷. Y en el espacio de la UE, ya se está presentando este problema, principalmente desde la incorporación a la Unión de países con legislaciones laborales más flexibles y niveles de salarios mínimos más bajos.

La UE es un exitoso proceso de integración, sin embargo, su camino no está exento de dificultades. Por de pronto, hay una relación desequilibrada entre integración económica y vínculos políticos, junto con un déficit de democracia que caracteriza los procesos de toma de decisiones en el marco de la UE⁴⁸. De ahí entonces que la discrepancia entre

⁴⁶ GARCÍA MENÉNDEZ, J.R., “Neoproteccionismo, dumping social y eco-dumping”, *Nueva Sociedad*, nº 143, Fundación Friedrich Ebert, Bonn, 1996, pp. 131-132; OYARZUN DE LA IGLESIA, J., “El dumping social: estado de la cuestión”, *Boletín económico del ICE*, nº 2553, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 1997, pp. 25-39.

⁴⁷ Una interesante reflexión sobre la incidencia de la subcontratación en el área de tecnologías de la información y un eventual *dumping* social producido en esa esfera puede verse en BIBBY, A.: “La subcontratación de las TI se globaliza”. En: *Trabajo*, Nº 43, OIT, 2003, pp. 13-15.

⁴⁸ Cf. HABERMAS, J., “Por qué Europa necesita una Constitución”, *New Left Review*, nº 11, Akal Ediciones, Madrid, 2002, p. 13. Es este déficit el que lleva a DE LA QUADRA-SALCEDO, en relación a la primacía de las libertades económicas en el marco de la UE a afirmar que “en las decisiones comunitarias sigue primando la matriz conceptual original, el pecado original de la comunidad (¡felix culpa!) que sin embargo la hizo posible en un principio: la de ser un mercado común fundado en las libertades comunitarias... así se explica que la libertad de empresa que en casi todos los Estados se ha podido articular en igualdad de condiciones con otros valores, en el ámbito de la Comunidad tal libertad reclama para sí –con el disfraz de libertades de establecimiento y

integración económica e integración política podría superarse mediante una política que apunte a la formación de niveles políticos crecientes, con el objetivo de seguir el ritmo de los mercados desregulados⁴⁹.

A partir de la última fase de integración europea, se ha abierto el debate por la relación entre integración negativa y positiva, es decir, sobre el equilibrio entre integración económica y dimensión social, todo en el marco de una decreciente autonomía económica estatal y un sistema de sujeciones que el nivel comunitario impone a las políticas económicas estatales⁵⁰.

El problema de fondo es que las políticas de integración en materia social apuntan a la sustracción de la esfera solidaria del Estado. Esto se puede apreciar de manera elocuente en el mercado de trabajo y el sistema de seguridad social, ya que las propuestas de reforma para el mercado de trabajo apuntan a la introducción de mayor flexibilidad laboral y las de seguridad social pretenden limitar la sustracción de recursos económicos al mercado, introduciendo la autofinanciación⁵¹.

De ahí que se empiece a hablar de un modelo de “solidaridad distributiva” y otro de “solidaridad competitiva”. El “modelo social europeo”, definido en contraposición al del Estado social, se sitúa en el marco de la solidaridad competitiva, que impone la subordinación de los derechos sociales al mercado infiltrando a éstos con su lógica. Y, al parecer ese es el camino que ha ido trazando la UE para la relación entre mercado y Estado social⁵².

III. LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

La CE es fruto de un importante consenso político. Para que el acuerdo fuera posible, los defensores de diferentes sensibilidades han tenido que relativizar sus propias convicciones con la finalidad de materializar una Carta representativa de la pluralidad social y política de la sociedad española.

Tratándose de la libertad de empresa, se manifiesta con especial fuerza la tensión que supone conciliar visiones liberales extremas y socializantes. De ahí que el art. 38 haya sido calificado como una disposición ambigua, puesto que junto a la constitucionalización de

libre circulación de servicios— toda la primacía sobre cualesquiera otros intereses por generales que sean sobre los que hace recaer la presunción de culpa así como la carga de la prueba de su inocencia” (QUADRA-SALCEDO, T. DE LA; FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “La Directiva de servicios y la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 61).

⁴⁹ HABERMAS, J., “Por qué Europa necesita una Constitución”, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ MAESTRO BUELGA, G., “El Tratado de Lisboa y la Constitución económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, Universidad de Granada, Granada, 2008, p. 58.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 58-59.

⁵² *Ibid.*, pp. 58-67.

la economía de mercado establece la posibilidad de una actividad planificadora a cargo del Estado.

Este derecho no puede ser entendido de manera radical, en el sentido de que la iniciativa privada es absolutamente soberana en el sistema económico. Al contrario, tiene límites y éstos se manifiestan expresamente en la Constitución. Por un lado está la iniciativa pública económica, por otro la facultad planificadora del Estado, pero también está presente el Estado social como una cláusula que tiñe el ejercicio de los derechos con marco de referencia.

1. La iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE)

Dice el art. 128.2 que “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”. Este reconocimiento supone la legitimidad de la acción pública para intervenir en la economía, no quedando restringida su actuación a la insuficiencia de iniciativa privada (subsidiaridad en sentido restringido). Antes bien el Estado puede actuar incluso existiendo iniciativa privada, por lo que se transforma en un competidor en el mercado⁵³.

Ahora bien, aunque la intervención estatal no queda subordinada a la existencia de iniciativa privada, no quiere decir esto que cualquier intervención estatal es legítima. Es necesario encontrar una justificación a la decisión de intervenir en la vida económica y esa podría estar dada por el interés general que pregona el art. 103.1 CE.

Si el Estado interviene en el sistema económico, debe hacerlo respetando la lógica de la economía de mercado⁵⁴. Asimismo, la iniciativa pública no se inspira como fin perseguido directa e inmediatamente en el afán de obtener beneficios (fin de lucro), sino en la satisfacción de otros intereses, como los previstos en el art. 103 CE.

Desde luego, si la iniciativa pública en la economía debe respetar los supuestos de la economía de mercado, ello supone respetar el marco de la libertad de empresa. De ahí que

⁵³ En contra de esta postura, véase ARIÑO ORTIZ, G., “La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1985, pp. 32–35.

⁵⁴ Entre los que sostienen esta tesis, y sólo a modo de ejemplo, véase DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “La Constitución económica de España”, en ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, pp. 54–55; MORIS, M., “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis”, en PREDIERI, A.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dirs), *La Constitución española de 1978*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 389–390; MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, Editorial la Ley, Madrid, 1988, p. 97; MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la economía*, Editorial CEURA, Madrid, 1985, p. 377; ENTRENA CUESTA, R., “El modelo económico de la Constitución”, en ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 34; GISPER PASTOR, M.T. DE, “La noción de empresa en la Constitución española”, en ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 42; ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 137–138.

deban ser rechazadas las ayudas que el Estado pueda realizar a empresas estatales por medio de la inyección de recursos, lo que supone una tolerancia indebida a eventuales ineficiencias empresariales o competencia desleal.

Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, porque no es lo mismo un déficit por ineficiencia que un déficit por la realización de determinadas políticas con una orientación social⁵⁵.

Si bien, de un tiempo a esta parte pareciera que la intervención del Estado en la economía es cada vez menor, tanto por influencia del derecho de la UE que tiene una impronta liberalizadora, como del propio devenir histórico que ha supuesto la implementación de medidas de privatización de empresas públicas y sectores productivos, no debemos perder de vista el hecho que el Estado puede (y en ocasiones debe) ser un actor con iniciativa económica.

Hay exigencias para su intervención. Por de pronto, que se funde en un interés que justifique su actuación. Mas, cumplido este requisito, nada obsta que el Estado sea actor en el sistema económico ya que su actuación está inspirada en un interés general y no en la mera obtención de beneficios.

No podemos proponer una regla genérica para la actuación del Estado, sin embargo, se pueden apreciar parcelas de la realidad en las que la intervención estatal es necesaria: transportes, educación, sanidad, seguridad social, sector bancario y seguros, etc. Lo anterior, porque a fin de cuentas todo puede ser entregado a la iniciativa privada y al mercado como mecanismo regulador. Y aun, considerando que el mercado es el más eficaz de los sistemas económicos conocidos, prescindir de un Estado con facultades interventoras y entregar todo a la pura libertad, no constituye condición de eficacia para una mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos.

2. La planificación de la actividad económica (art. 131 CE)

Dice el art. 131.1 CE que “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”.

Varias cosas se pueden decir de esta disposición, pero quisiéramos señalar tres.

⁵⁵ El sistema de Metro o de ferrocarriles es un ejemplo de empresas deficitarias. El capital invertido en la construcción de líneas e inversión rodante es prácticamente irrecuperable. Otra cosa es que los gastos operacionales sean equilibrados, pero ellos sólo se pueden obtener una vez que la empresa se encuentra en funcionamiento.

La primera, el Estado puede planificar la actividad económica general, cuestión que ya se encuentra presente en el art. 38 CE que nos prevenía de 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 y, en su caso, de la planificación.

La segunda, es que la actividad planificadora del Estado sólo puede hacerse por ley, lo que supone intervención de Parlamento y Gobierno.

La tercera, es que la planificación no puede realizarse sino persiguiendo alguno de los fines señalados en la citada disposición, fines por lo demás redactados en términos tan amplios que permiten la autorización de una medida planificadora invocando cualquiera de los propósitos allí enumerados.

Para el análisis de este numeral, me detendré en las dos primeras cuestiones planteadas.

Tratándose de la planificación, ésta es inherente al funcionamiento de una economía, ya que todos los agentes económicos realizan actividades de este tipo. Esta actividad es consustancial a toda acción racionalizada que implique relación de objetivos, medios y tiempo y, por consiguiente, lo ha sido siempre a la acción política estatal; por liberal que sea una propuesta de rol para el Estado en la economía, no hay Estado que no planifique⁵⁶. Por ello se puede afirmar que la planificación por el Estado, con mayor o menor fuerza, ha estado presente permanentemente.

Sin embargo, el texto de la Constitución, junto a la exigencia de legalidad para la actividad planificadora, plantea que la planificación tiene por objeto la actividad económica general, lo que supone una actividad restringida. Se quiere evitar que los poderes públicos utilicen la técnica planificadora para entrometerse en la gestión particular de las empresas. Como señala DE JUAN, “la Constitución ha abierto las puertas a la planificación macroeconómica y automáticamente han quedado cerradas las puertas de la planificación microeconómica”⁵⁷.

Al mismo tiempo, la planificación económica no puede suponer un carácter total. Si bien la Constitución autoriza esta actividad como fórmula de intervencionismo económico, en interpretación armónica con otras disposiciones de la Carta, no es compatible con el sistema económico establecido en la Constitución una planificación total y vinculante.

⁵⁶ Cf. JUAN ASEÑO, O. DE, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 207; GARCÍA-PELAYO, M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, Vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2869.

⁵⁷ JUAN ASEÑO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 210. En similar sentido se pronuncia FONT GALÁN, sin embargo, en su afán de restringir la actividad planificadora del Estado, llega a afirmar que la planificación sólo se limita a afectar el contenido no esencial de la libertad de empresa (FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Teenos, Madrid, 1987, pp. 158-159).

Desde luego, la actividad planificadora es coherente con otros propósitos de la CE. Se pregunta GARCÍA PELAYO cómo sin planificación los poderes públicos podrán promover 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 (art. 40.1 CE); cómo sin planificar será posible atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1 CE)⁵⁸. Parece que atender a tales propósitos sólo se puede llevar a cabo a partir de una coordinación de pluralidad de factores, entre los que destaca, la actividad planificadora del Estado.

Con la actividad planificadora se persigue una racionalización y coordinación del proceso macroeconómico a fin de promover un desarrollo económico equilibrado y adecuadamente distribuido, siendo, además, un instrumento de control del poder económico de los agentes que intervienen en la economía, sean éstos públicos o privados⁵⁹. Por ejemplo, la protección medioambiental en la actualidad no puede entenderse sin una intervención decidida por parte del Estado, no sólo con políticas reguladoras, sino que también con propuestas indicativas y consideraciones cualitativas y cuantitativas.

En cuanto a la reserva de ley para la planificación, el art. 131.1 exige que el plan se apruebe mediante ésta. Esta reserva supone una función garantista en defensa de los derechos que pudiesen verse afectados, pero también cumple una función democratizadora, dado que el Parlamento es sede de la deliberación política y de la representación popular.

Ahora bien, los planes económicos han de aprobarse a través de una Ley de las Cortes Generales, siendo improcedente los decretos leyes por faltar el requisito de la urgencia. Además, por el alcance del plan, es dudoso que éste pueda emanar de una ley de Comunidad Autónoma⁶⁰, sin perjuicio que éstas cuentan con otros instrumentos para el desarrollo de políticas que favorezcan un desarrollo económico equilibrado y de progreso social, v.g. art. 148.1, competencias 3^a, 4^a, 7^a, 9^a CE. Especial relevancia adquiere la 13^a: “el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”.

Lejos está el tiempo en que la actividad planificadora se asociaba a regímenes centralizados y totalitarios. Desde su génesis, la CE ha asumido la actividad planificadora como necesaria para un mejor desarrollo de la economía de mercado⁶¹. Y, si bien es cierto que

⁵⁸ Cf. GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas, op. cit.*, p. 2870.

⁵⁹ Cf. JUAN ASEÑO, O. DE, *La Constitución económica española, op. cit.*, p. 217.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 211.

⁶¹ El espíritu de consenso se manifiesta con claridad en esta materia. Por ejemplo, resulta sorprendente la defensa de la planificación que hace el representante de la UCD JAIME GARCÍA AÑOVEROS, quien está lejos de identificarse con una sensibilidad asociada al marxismo. En la discusión de las Cortes señaló que “tiene que haber una planificación, o puede haber una planificación realizada desde el Estado, en primer lugar, porque el ciudadano en los momentos actuales hace al Estado responsable de la situación económica general y del logro de unos objetivos económicos a plazo medio y largo. Y si el Estado es responsable, bueno será que el Estado organice la consecución de esos objetivos, planificándola en el tiempo, poniendo los medios necesarios para ello

el contexto actual es diferente al de hace 30 años, ello no quiere decir que en la dialéctica Estado-mercado, todo deba ser entregado a este último. La salvaguarda de la actividad planificadora, no sólo resulta operativa en períodos de crisis, sino también en tiempos de estabilidad y, además, es una garantía para los ciudadanos en la medida que para el desarrollo de políticas sociales, éstas no se entienden sin la intervención de un Estado activo.

3. La libertad de empresa en un Estado Social

La definición del Estado español como Estado social implica añadir, a sus funciones naturales, las destinadas a crear las condiciones vitales que ni persona ni grupos pueden asegurar por sí mismos, lo que se traduce en ciertas intervenciones en el orden económico.

De ahí la necesidad de recordar que el sistema económico presente en la CE es un modelo capitalista unido al Estado social. Por tanto, es un sistema sustentado en la economía de mercado, cuyos principales actores son los agentes privados, pero que cuenta con una actuación del Estado que no se limita a ser solo regulador económico-administrativo, sino que al tener una función social, cumple ese encargo redistribuyendo una parte del PIB en forma de distintas prestaciones.

La economía de mercado, con mayores o menores matices, se ha ido imponiendo en todos los sitios. Aunque se pretenda señalar que sus fundamentos son naturales y empíricamente verificables, tras la economía de mercado existe un marco teórico que la sustenta y encuentra sus raíces en el liberalismo ilustrado.

Los postulados liberales que han querido ser impuestos a economías menos aventajadas, en ocasiones hunden sus supuestos en el “anarcoliberalismo” (o neoliberalismo). Al margen de sus acentos ideológicos, la ofensiva neoliberal, iniciada en América Latina en el Chile de los 70, redefine un modelo de desarrollo. En lugar de privilegiar las demandas sociales, el nuevo modelo pone todo su énfasis en el lado de la oferta productiva. Eliminar el intervencionismo estatal e imponer una economía de mercado tanto internamente (liberalización de precios y mercados) como externamente (apertura comercial y financiera) logra resultados positivos en términos macroeconómicos, disminuyendo el déficit fiscal y

(...) (Asimismo), el plan, en una economía como la nuestra, es un plan que ha de ser forzosamente eso que ha dado en llamarse indicativo y que se presta a confusión, porque, no nos engañemos, toda planificación económica, si tiene rango de ley, supone limitaciones de la libre actuación de los operadores del sistema económico, por supuesto; porque, si no, no haríamos una ley.... De aquí que una ley de planes comporta siempre limitaciones para el sector público y privado, porque una ley de planificación establece unos objetivos y pretende conseguir esos objetivos por medios coercitivos directos o indirectos, y así lo hace exactamente, y establece incentivos y mecanismos de desánimo de ciertas actividades privadas, y establece, incluso, prohibiciones concretas, y se dice que no se podrá producir tal producto o que no se podrá superar la producción en tal nivel, etc.”: GARCÍA AÑOVAROS, J., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria número 39, nº 117, Madrid, 14 de julio de 1978, pp. 4286–4287.

la inflación, pero el costo social de la implementación de esas medidas suele ser altísimo y tarda años en recuperarse⁶².

La caída de los socialismos reales ha tentado a muchos a ceder ante las premisas neoliberales y considerar al mercado como la única instancia racional capaz de ordenar la convivencia social. No se puede desconocer que el sistema de mercado impulsa una racionalidad instrumental que da a la sociedad un gran dinamismo, pero no se debe tomar esa racionalidad por toda la racionalidad.

La crisis del Estado social puede llevar a sostener la necesidad de su superación. Aunque es cierto que esta figura presenta dificultades, empezando por el alto coste de la financiación de las prestaciones que otorga, altas tasas impositivas que pueden suponer un déficit para una competencia eficaz, en ningún caso se trata de un modelo superado sino que tiene un hondo sentido transformador de la sociedad.

Aunque existe diferencia entre los derechos sociales y los otros derechos, los derechos sociales no sólo tienen un valor político o ideológico, “sino que también jurídico, en cuanto criterio de interpretación del sistema y cláusulas generales, y en cuanto normas que determinan la inconstitucionalidad de aquellas leyes que se oponen a éstas”⁶³.

El Estado social, con hondas raíces en Europa, supone no sólo un correctivo a la economía de mercado sino un mecanismo que permite encarnar en la *praxis* los propósitos descritos en el preámbulo de la CE: “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”.

Presentar límites a la libertad de empresa, respetando su identidad, pero acogiendo las premisas de un Estado social no es fácil, pero creemos que el análisis casuístico puede ayudar a determinar algunos criterios, por lo que la reflexión jurisprudencial será de utilidad en este apartado.

El conflicto entre el poder de dirección del empresario en el ámbito laboral y los derechos fundamentales del trabajador es un ejemplo de límite a la libertad de empresa. El TC ha señalado 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

⁶² Cf. LECHNER, N., “El debate sobre Estado y mercado”, *Estudios Públicos*, nº 47, Centro de Estudios Públicos, Santiago 1992, p. 238. El mismo LECHNER señala cuál es el rol del Estado en un modelo de esta naturaleza: “por una parte, el Estado se debilita pues debe asumir el coste financiero (deuda externa, saneamiento de empresas públicas para su privatización) de la reconversión. Además, asume el costo político de una drástica reducción de los servicios públicos; el Estado queda restringido a medidas focalizadas de asistencia a los más pobres, sin poder contrarrestar de modo sistemático la creciente desintegración social que genera el avance del mercado... por otra parte, el modelo neoliberal supone una fuerte intervención del Estado para reprimir las reivindicaciones sociales e imponer la liberalización de los mercados a los sindicatos (leyes laborales) y a los empresarios (política crediticia y monetaria). En realidad, la transformación de las estructuras económicas se lleva a cabo bajo dictaduras o bajo regímenes presidencialistas con rasgos autoritarios” (*Ibid.*, pp. 238 -239).

⁶³ ZAGREBELSKY, G., “El Tribunal Constitucional italiano”, en FAVOREU, L., *et. al.*, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 443-444.

como ciudadano”⁶⁴. Agrega la sentencia que “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas deban soportar despojos 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”⁶⁵.

De ahí que los derechos fundamentales de la persona operen como eficaz límite a un ejercicio de la libertad de empresa que pretende instaurar una visión del contrato de trabajo como si fuese un contrato civil entre privados –de lo que deriva el efecto de ser una ley para las partes–. El TC es claro al afirmar que por encima del contrato está la Constitución y no sólo rechaza las prácticas de feudalismo industrial sino que las califica como repugnantes a un Estado social.

El sistema de mercado es un *factum* que debemos asumir, entonces “una de las funciones del Estado será la de garantizar la existencia del trabajo asalariado en condiciones de obtención de plusvalía según las exigencias históricas del proceso productivo”⁶⁶.

Ahora bien, cuando la libertad de empresa colisiona con otros derechos, es en ese momento cuando se pueden encontrar sus límites y un criterio para resolver los casos de colisión puede ser la utilización del grado de conexión con el libre desarrollo de la personalidad.

Ejemplo de colisión de derechos con la libertad de empresa es el que se produce a propósito de la ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos, la cual si bien se encuentra derogada, la reflexión que al respecto nos ofrece el TC es digna de análisis⁶⁷.

⁶⁴ STC 88/1985, FJ 2, párrafo 1º. Esta misma declaración se puede recoger, entre otras, en las SSTC 6/1988, FJ 6, párrafo 1º; 129/1989, FJ 3, párrafo 2º; 106/1996, FJ 5, párrafo 2º; 20/2002, FJ 4, párrafo 2; 196/2004, FJ 3, párrafo 1º.

⁶⁵ STC 88/1985, FJ 2, párrafo 1.

⁶⁶ CABO MARÍN, C. DE, “Democracia y Derecho en la crisis del Estado social”, *Sistema*, n° 118/119, 1994, p. 74.

⁶⁷ Cf. STC 112/2006, de 5 de abril de 2006. Diputados del grupo socialista interponen recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la ley 21/1997, alegando que éstos vulneran la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho a transmitir información por cualquier medio y el principio de igualdad. Fundan su pretensión en que la ley cuestionada ha prohibido la explotación audiovisual de competiciones deportivas a la TV por pago, y reclaman la vaguedad de los términos por los cuales se autoriza la explotación por TV abierta, v.g. relevancia social, interés general.

Esta Ley fue derogada por la Disposición derogatoria n° 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE, N° 79, 1 de abril de 2010). En todo caso, la disposición transitoria sexta mantiene un catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, señalando al efecto que “hasta tanto no se apruebe por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, se emitirá en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado, un encuentro de

En la exposición de motivos de la ley, se establece alguna razón que supone una limitación a la libertad de empresa: “los derechos de retransmisión de determinados acontecimientos deportivos que revisten interés general deben concederse a las cadenas que transmiten sin codificar para que dichos acontecimientos sean accesibles al conjunto de la población”, es decir, por el interés general que revisten algunos acontecimientos deportivos, éstos no pueden ser emitidos por la televisión de pago sino que la señal debe ser abierta, a fin de que el evento sea accesible a toda la población. En esta materia se observa una maximización del derecho a informar, pero también se advierte un asomo de reconocimiento legislativo al derecho a disponer de un espacio legítimo de recreación por parte de los ciudadanos.

Sostiene el TC que la CE garantiza la libertad para crear empresas, dirigir las, planificarlas y fijar sus objetivos, pero ello no obsta a que no se pueda limitar el ejercicio de este derecho, habida cuenta que su radicalización tiende a generar transformaciones del mercado que perjudican al ciudadano, por la natural tendencia al crecimiento y acumulación del capital⁶⁸.

Al mismo tiempo, se había alegado que el art. 4 estaría lesionando el principio de reserva de ley establecido en el art. 53.1 CE. Es verdad que la ley es manifestación de la voluntad soberana, por tanto, tratándose de los derechos fundamentales este espacio de libertad sólo puede regularse por los representantes de los ciudadanos. Aunque una ley se remita a otra fuente del derecho, tal referencia le está vedada. Sin embargo, tratándose del art. 4, la colaboración que presta un órgano de la Administración, por la complejidad técnica que suponen las actividades de los medios audiovisuales, una flexibilidad normativa se ve necesaria⁶⁹.

En este caso, llama la atención que las transmisiones audiovisuales deportivas, paradigmas del ocio, sean consideradas de interés general, por tanto, no sólo son dignas de protección sino que sobre todo se garantiza el acceso a ellas a los ciudadanos. Asimismo, la sentencia no es ajena a consideraciones políticas para justificar su decisión. Simplemente recordemos su intuición acerca de “la tendencia al monopolio de los medios informativos”, cuestión que si bien es política y económica, tiene consecuencias jurídicas.

fútbol por cada jornada de la Liga de primera división, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de fútbol, siempre que haya algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo”.

⁶⁸ “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 que la estricta libertad de empresa sin sometimiento a intervención administrativa alguna (...) no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula” (*Ibid.*, FJ 8, párrafo 2º). En idéntico sentido, véase STC 127/1994, FJ 6, letra D, párrafo 1º).

⁶⁹ “Nos encontramos, por tanto, ante un complemento de la regulación legal que es indispensable por motivos técnicos” (*Ibid.*, FJ 4º, párrafo 5).

También llama la atención la apertura del TC para interpretar la cláusula “interés general”, lo que es ejemplo de cómo las normas jurídicas no son estáticas sino dinámicas⁷⁰.

Se ha señalado que, cuando el Estado interviene como agente económico, lo hace no sólo ante la ausencia de iniciativa privada, sino como un actor más; pero si lo hace, se encuentra en la misma situación de actuación que los empresarios privados.

Sin embargo, otra cosa son los servicios de interés general cuya titularidad no se atribuye en exclusiva al Estado. Sobre este punto, el TC se ha pronunciado, específicamente respecto a las oficinas de farmacia. Cabe recordar que la Ley 16/1997 las define en su art. 1 como “establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria”.

Se planteó por parte de un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Valencia una cuestión de constitucionalidad por una eventual contradicción entre la ley de Sanidad y los arts. 14, 35 y 38 CE, específicamente por denegación de apertura de una oficina de farmacia. Lo anterior, porque la ley limita el establecimiento de oficinas de farmacia (aunque su desarrollo es reglamentario) con restricciones en función del número de habitantes y distancias entre las oficinas.

Según el parecer de los recurrentes, habría una limitación de la libertad de empresa y una lesión del principio de reserva legal⁷¹.

Sobre el punto, el Fiscal General del Estado señaló que, si bien la instalación de una farmacia supone actividad mercantil, esta actividad satisface una necesidad social de carácter básico (la sanidad), lo que la exceptúa del concepto de empresa, a la vez que tales oficinas quedan excluidas de la idea de economía de mercado, puesto que ni puede jugar la libre concurrencia de productos y precios, ni la libre competencia⁷².

El TC no excluye *a priori* a las farmacias del ámbito protegido por la libertad de empresa, pero nada obsta que este derecho pueda ser limitado por el legislador, especialmente por la cualificación del servicio que se presta⁷³.

Incluso más, en época reciente, si bien el TC mantiene la tesis que la actividad farmacéutica no está sustraída de la libertad de empresa⁷⁴, agrega que cuando colisiona con otros derechos, es necesario recurrir al principio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la norma, es decir, no hay prelación estática de derechos sino que

⁷⁰ Si bien compartimos el razonamiento del TC, disiento de la sentencia en el sentido que ésta no funda correctamente la exclusividad a la TV abierta de las transmisiones. Se opone a la libre empresa que la TV de pago no pueda acceder a ella. Se puede sostener que no habría inconveniente en que la TV pagada retransmitiera los acontecimientos deportivos, siempre y cuando sea complementado por otra emisión en señal abierta. En nada afecta al fondo de la regulación que la TV de pago también pueda concurrir.

⁷¹ STC 83/1984

⁷² *Ibid.*, Antecedentes, N° 6, párrafo 10°.

⁷³ *Ibid.*, FJ 3, párrafo 3°.

⁷⁴ Véase STC 109/2003.

es el caso y su trascendencia para la comunidad lo que determinará la legitimidad de los límites. En este caso, es la importancia para la comunidad lo que autoriza la legitimidad de una limitación de parte del legislador⁷⁵.

El Tribunal Supremo (TS) también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la industria farmacéutica. Si bien, reconoce el carácter mercantil de esta actividad, el punto de partida para el análisis de este sector no es la mera y libre comerciabilidad de los productos ofrecidos, ya que a esta actividad asiste un especial deber de cuidado por estar comprometida la sanidad pública⁷⁶.

El art. 1 CE constituye al Estado, lo configura, normativa e institucionalmente en el nivel fundamental y es la base en la que reposa todo el ordenamiento jurídico. No se trata de una mera afirmación ideológica sin aplicación inmediata y práctica, sino que ofrece un criterio hermenéutico para la Constitución y la irradia por completo.

IV. CONCLUSIÓN

Tratándose de la libertad de empresa, hemos visto que las limitaciones a su ejercicio pueden encontrarse en disposiciones expresas de la CE, como son las relativas a la iniciativa económica del Estado o las facultades de planificación de la economía general⁷⁷. Pero no se debe olvidar el hecho de que esas facultades son expresión concreta de la materialización en España de un Estado social.

La fuerza del Estado social se transmite a lo largo de la Constitución, siendo un freno a los excesos liberales que anhelan colonizar todos los espacios del mundo de la vida. De

⁷⁵ “Para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada (...) es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad (...). Lo razonado encuentra aún mayor sustento por el hecho de que las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como ‘establecimientos sanitarios privados de interés público’, pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiaridades territoriales, siempre que resulten proporcionadas. En definitiva, el principio general de 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 se encuentra reforzado por esa publicación del servicio sanitario. En conclusión, los preceptos que regulan la caducidad de las autorizaciones administrativas no infringen el principio de libertad de empresa” (*Ibid.*, FJ 15, párrafos 4 y 5).

⁷⁶ “No es asumible como punto de partida que ‘las especialidades farmacéuticas de uso humano’ sea un mero producto comercial, que esté sujeto al juego de la oferta y la demanda del mercado y regido por las decisiones que corresponden a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Por el contrario, se singularizan por su significado sanitario, lo que otorga especiales títulos de intervención a los poderes públicos” (STS, de 5 de noviembre de 1999, FD 2º, párrafo 2).

⁷⁷ También se podría agregar la implementación práctica del criterio que toda la riqueza del país está subordinada al interés general (128.1), como también la reserva de servicios esenciales para el Estado (art. 128.2), o la intervención de empresas (art. 128.2). Creemos que en una economía de mercado, estas situaciones son más bien excepcionales.

ahí que el interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se funda la CE permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa.

La libertad de empresa, como todo derecho fundamental, tiene límites, y el TC así lo ha reiterado. Al mismo tiempo, no debemos olvidar el carácter relacional de ese derecho, como tampoco el hecho que se encuentra sometido al examen del criterio de la proporcionalidad.

Es sabido que el sistema de economía de mercado, en el que a la libertad de empresa le cabe un destacado papel, es el mejor de los modelos conocidos para el desarrollo económico de un país. Y no sólo es un sistema eficiente, sino que, aplicado con correcciones, es un medio que puede garantizar una mejora sustantiva de los sectores menos aventajados de la comunidad. El problema reside en que existen posturas y políticas fácticas que interpretan que toda realidad puede ser mercantilizada. De ahí que Estado social y los derechos sociales sean un freno a la tentación o irrupción radical de un liberalismo al modo del siglo XIX.

En otras latitudes se ha materializado una mercantilización de todos los sectores y el papel del Estado ha quedado reducido a un mero “subsidiarizador” ante la incapacidad de iniciativa privada. Sectores sensibles al ejercicio de los derechos sociales como lo son la educación, sanidad, sistema de pensiones o transporte pueden ser entregados a la regulación por el sistema de mercado. El problema es que ese endoso no garantiza un sistema justo y ni siquiera más eficiente. Por ejemplo, lo que ocurre en Europa con la industria farmacéutica es ejemplo de cómo el Estado debe estar atento a los servicios públicos de interés general. Nada impide que ese sector pueda devenir en una industria como cualquier otra, con el riesgo de la aparición de grandes conglomerados económicos que se instalen y coopten el mercado, con tendencias a la monopolización, aparición de cárteles y colusión de precios. Lo mismo puede ocurrir en el sector educativo o sanitario, en que el acceso a prestaciones de calidad en esas áreas queda reducido a quienes cuentan con los medios económicos para satisfacerlas.

De ahí que el Estado social, a pesar de los años, crisis y cuestionamientos constantes a los que se ha visto sometido, no ha perdido ni actualidad ni eficacia. Y para el caso de la libertad de empresa, un derecho como cualquier otro, esta cláusula irrumpe frente a las corrientes que postulan la entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad.

En los casos que hemos presentado se observa la tensión, pacífica pero evidente, entre lo que son los mecanismos de defensa de la competencia y los que pretenden limitarla, tanto por la defensa del interés general, como del respeto y promoción de los derechos fundamentales. Porque derechos fundamentales no sólo son los de primera generación, sino que también gozan de estatuto sustantivo los derechos sociales, que con el paso de los años han pasado de meras expectativas a derechos en forma, compartiendo la visión de ALEXY en el sentido de que constituyen mandatos de optimización.

Mucho más se puede decir y analizar sobre este punto. Sin embargo, el propósito de este trabajo ha sido analizar la libertad de empresa como derecho, necesario para un eficaz desarrollo y crecimiento de un país pero que cuenta con límites que surgen a partir del hecho de que la Constitución de España define al Estado no sólo como Estado democrático y de derecho, sino sobre todo como Estado social. Y en ello ha radicado el empeño que culmina en estas líneas.