

2.4. ¿QUÉ CONSTITUCIÓN EN MATERIA
ECONÓMICA? (45 AÑOS DESDE LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA
LIBERTAD DE EMPRESA)

Ignacio García Vitoria*

* Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA: UNA BREVE RESEÑA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL. 1. ¿Deben incorporarse a la constitución los principios que han de regir la actividad económica? 2. El orden público económico. 3. El principio de libre competencia. III. LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN. 1. La Constitución económica. 2. El alcance de la libertad constitucionalmente garantizada. 3. La revisión judicial de los límites legales. 4. Una libertad garantizada por el Estado. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo “Orden público económico y restricciones de la competencia”, publicado en 1977 en la *Revista de administración pública*, Fernando Sáinz Moreno se preguntaba “si los principios que han de regir la actividad económica deben incorporarse y, en su caso, con qué contenido, al texto de la Constitución”. Es una pregunta que sorprende a una generación que nos hemos formado con un Derecho Constitucional español y europeo muy cargado de principios económicos, pero cuyo sentido queda al descubierto cuando se observan algunos debates actuales, como el que plantea una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que anula el fondo especial para luchar contra el cambio climático e impulsar la transformación económica. También cuando se levanta la mirada hacia otras experiencias constitucionales, donde no se recogen tantos principios relacionados con la política social o económica. Me temo no poder responder a la incisiva pregunta del admirado Fernando Sáinz Moreno, por lo que me limitaré a reseñar su artículo de 1977 y apuntar algunas ideas sobre la libertad de empresa en la Constitución española.

II. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA: UNA BREVE RESEÑA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Señala Rémi Brague, en *Europa, La vía romana* (Ediciones Encuentro y Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2023), que la conservación de las obras no es para nosotros un trabajo, como consecuencia de la invención de la imprenta y de los actuales soportes digitales, a diferencia de lo que sucedía en la Antigüedad con los textos clásicos griegos y romanos. Para conservar hoy un texto basta con una decisión puramente negativa: no tirarlo, no destruirlo. En la Antigüedad, un texto, en papiro o en pergamino, no era transmitido a la posteridad más que si era copiado. Afirma Brague: “Nosotros dejamos que los textos duerman en las bibliotecas; para los antiguos, era preciso sostenerlos en brazos”. Solo se transmitía, mediante la recopia, lo que el transmisor juzgaba pertinente, por contener una lección que podría atraer el interés de los contemporáneos. Salvando las distancias, trataré de explicar por qué me parece oportuno recordar hoy la lectura del artículo antes mencionado de Fernando Sáinz Moreno.

1. ¿DEBEN INCORPORARSE A LA CONSTITUCIÓN LOS PRINCIPIOS QUE HAN DE REGIR LA ACTIVIDAD ECONÓMICA?

Dos preguntas guían el artículo. Una primera, concreta y pegada a la práctica profesional: la interpretación del artículo 10 de la Ley de 20 de julio de 1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Esta norma afirma que la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia “será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley” y atribuye a las resoluciones de este órgano “la presunción legal de certeza”. El autor se pregunta si esta previsión impide que los tribunales de justicia conozcan de reclamaciones fundadas en infracciones del prin-

cipio de libre competencia, sin que exista un previo pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. El artículo argumenta en sentido contrario, para sostener la competencia de los órganos judiciales para examinar la validez de un contrato desde la perspectiva de su adecuación al principio de defensa de la competencia o para exigir responsabilidad patrimonial derivada de un acto restrictivo de la competencia, por poner dos ejemplos.

La segunda pregunta es de carácter político y está vinculada a la redacción de la Constitución: qué principios rectores de la actividad económica deben estar constitucionalizados y con qué contenido. El contexto histórico se explica en la primera nota al pie de página. Se está discutiendo el proyecto de Constitución en el Congreso de los Diputados. Se menciona que existe debate sobre “la medida en que la Constitución debe intentar configurar el orden económico del país”. La nota vigesimoprimera amplía la información: el debate se encuentra en el volumen *Constitución y Economía*, dirigido por Luis Sánchez Agesta en 1977, y en la recopilación de *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en 1978. El autor se hace eco de la opinión de Victorino Valle Sánchez en el segundo de los libros mencionados. El profesor Valle afirma que existen tres aspectos del orden económico sobre los que una constitución debe definirse: el concepto del derecho de propiedad y sus formas de transmisión, el papel de la iniciativa privada y las funciones reservadas al sector público y el marco institucional preciso para el normal desarrollo de la actividad económica. Añade dos afirmaciones relevantes: “el contenido económico de la constitución ha de reducirse a los aspectos básicos y permanentes del orden económico” y “sus proposiciones deben ser coherentes con el estado actual de la ciencia económica”. Sáinz Moreno reproduce, sin comentar, estas ideas.

Pero desliza una reflexión personal: “No parece, sin embargo, que la nueva Constitución vaya a introducir, en plazo breve, modificaciones sustanciales en los principios que hoy rigen la economía española y, con-

cretamente, en el principio de libre competencia”. En relación con la libre competencia, pronostica que no iba a haber alteraciones sino que sería, quizá, potenciada “mediante una más precisa delimitación de su alcance y ámbito de vigencia”. Esta mejora es posible, porque “aunque el ordenamiento jurídico español reconoce explícitamente el principio de libre competencia lo hace de un modo un tanto confuso y disperso”. El fundamento de esta opinión sobre el futuro de la Constitución y de la legislación de defensa de la competencia es la coherencia con los Pactos de la Moncloa firmados por los partidos políticos con representación parlamentaria el 25 de octubre de 1977 (Acuerdo sobre Medidas Económicas, BOC núm. 26, de 3 de noviembre de 1977). En segundo lugar: “el propósito explícito y reiterado de ingresar en el Mercado Común Europeo”.

2. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Además de por estas reflexiones *de constitutione ferenda*, el artículo destaca por desarrollar algunos conceptos básicos: el orden público económico y la libre competencia. Al concepto de orden público económico, que considera una concreción de la noción de orden público, el autor le atribuye efectos jurídicos. Entre los efectos mencionados del concepto de orden público están el establecimiento de límites a la libertad contractual y a la renuncia de derechos. En un sentido más amplio, la noción de orden público expresa un límite material del ejercicio de los derechos (en este punto, Sáinz Moreno cita varias publicaciones de Lorenzo Martín Retortillo).

Respecto del contenido del citado orden público económico, el autor señala que está formado por “el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado”. En otro pasaje, utiliza la expresión de “normas mínimas de convivencia, esenciales para el desarrollo armónico, en el orden material y espiritual de una comunidad”. Puede ser un concepto, en consecuencia, cambiante. Es un concepto jurídico indeterminado. Además, no solo incluye

principios mencionados expresamente en normas jurídicas, sino también principios generales reconocidos por la jurisprudencia o por la doctrina.

Saiz Moreno reflexiona: “esta noción tiene un cierto carácter artificial en cuanto formulación consciente e imperativa que puede no contar con la adhesión, ni siquiera aceptación, de parte de los ciudadanos”. La cuestión clave es la libertad del juzgador para construir su significado. Y apunta: “es frecuente que quien detenta el poder trate de sustraer al libre enjuiciamiento judicial la apreciación de las conductas contrarias a ese orden”.

Citando a Luis Díez Picazo, en *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, el autor sugiere que en el momento histórico previo a la aprobación de la Constitución, esas directrices básicas eran el principio de propiedad privada, la iniciativa privada (con sus diferentes denominaciones: libertad económica, libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica o libre contratación) y la “conmutatividad del comercio jurídico”. Este último concepto incluye la idea de que ningún desplazamiento de bienes puede producirse sin que concurra una razón que el ordenamiento jurídico considere suficiente para justificar el intercambio (justa causa) y la idea de que en el cambio de bienes y servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible entre los bienes y servicios objeto de trueque. Añade dos principios más: la buena fe y la seguridad jurídica.

Sáinz Moreno diferencia los conceptos de orden público y de interés público, que no deben utilizarse de forma indistinta como sinónimos. Al contrario, el autor afirma que operan dialécticamente como opuestos. Expone que la noción de orden público “presenta característicos rasgos de rigidez frente a la evolución de los «ideales comunitarios», aunque sea conforme con la siempre más lenta evolución de la «conciencia comunitaria»”. No se explica la diferencia entre los ideales comunitarios y la conciencia comunitaria. Sáinz Moreno valora esta mayor rigidez de la noción de orden público de forma positiva, porque “sirve a una función estabilizadora y contribuye a la seguridad jurídica”. Y aclara: el concepto de orden público “varía sustancialmente a largo plazo”, pero “sufre sólo mutaciones modera-

das y paulatinas a corto plazo porque sólo asume aquellas variaciones que han logrado un grado suficiente de fijeza y aceptación”.

Por otra parte, el autor rechaza que deba atribuirse a la noción de orden público económico una función positiva de legitimación de la actividad administrativa de intervención en la economía. El concepto de orden público “cumple una función protectora de ciertas reglas y principios”, que “típicamente opera como fundamento de prohibiciones, limitaciones, declaraciones de nulidad y consiguientes sanciones”. Hay que reservar la noción de “interés público” para legitimar intervenciones positivas.

3. EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

Como parte del contenido de ese orden público económico, el autor se centra en el principio de libre competencia, que vincula al principio de libre iniciativa privada. Considera a la libre competencia como una condición necesaria para que haya iniciativa privada. Afirma que la libertad de competencia tiende “a hacer viable el principio de iniciativa privada”.

Para definir la libertad de competencia, desde el punto de vista jurídico, Sáinz Moreno lo vincula a la idea de que la competición entre empresas debe realizarse a través de “la mejora de la oportunidad y calidad de sus prestaciones”. Explica que la libertad de competencia aspira a “impedir que la competencia se produzca por la vía del daño, del perjuicio o de la restricción forzada de la actividad de los demás (prácticas restrictivas, prácticas desleales), fomentando, por el contrario, la mejora de las propias prestaciones como único medio lícito de concurrir en el mercado”. Desde una perspectiva complementaria, define la libre competencia como la “igualdad de los competidores ante el derecho”.

A continuación, el autor observa una paradoja entre esta igualdad de las empresas competidoras ante el derecho y la intervención de la administración. Cita un largo párrafo de Francisco Sosa Wagner (Jurisdicciones Administrativas Especiales, Sevilla, 1977, p. 103): “la Administración que

quiebra insistentemente a través de sus propias empresas o por vía de estímulos y coacciones el curso ordinario de la vida económica, no tolera que los sujetos privados, por propia iniciativa adquieran una posición de prevalencia o dominio que impida la libre competitividad de las ofertas y demandas alterando las reglas clásicas de la formación e precios”. Tras la larga cita, Sáinz Moreno observa que esta paradoja “expresa una de las características típicas de la economía occidental”.

La revisión jurisprudencial que se hace en el trabajo muestra las diferentes funciones del principio de libre competencia. Tiene interés la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 18.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955), que establece: “La intervención en materia de abastos se dirigirá a asegurar la libre competencia como medio de procurar la economía en los precios”. El principio de libre competencia, recogido por el Reglamento de Servicios, es empleado por el Tribunal Supremo como parámetro de control de acuerdos municipales. Una aproximación diferente se produce en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1977 (Ref. Ar. 3922). En este caso, el Tribunal Supremo alude a la libre competencia, como principio general del ordenamiento jurídico, para interpretar de forma flexible la exigencia de autorización para la producción de cereales y leguminosas que fijaba la Ley 11/1971, de 30 de marzo, de Semillas y Plantas de Vivero. Se aplaude la interpretación de la ley de conformidad con el principio general de la libre iniciativa privada.

Sáinz Moreno menciona el horizonte que se abre con el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, aunque pospone esta cuestión “al momento en que se promulgue la nueva constitución y se regule el control constitucional de las normas”. Se pone de manifiesto el cambio que supone el tránsito de un momento en el que la libre concurrencia y de la iniciativa privada son principios generales del ordenamiento jurídico, en el sentido estricto del Código Civil, a principios constitucionales en un sistema con Constitución normativa y justicia constitucional.

III. LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

Para corroborar cómo algunas de las cuestiones que apuntaba Fernando Sáinz Moreno en 1977 han estado presentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede ser oportuno repasar el régimen constitucional de la libertad de empresa, a partir del enunciado del artículo 38 de la Constitución.

La Constitución incluye la libertad de empresa dentro de la sección dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos. Este derecho tiene como precedente la libertad de industria y comercio, que aparece en el artículo 33 de la Constitución de 1931, junto a la libertad para elegir profesión. Remontándonos un paso más atrás, resulta interesante comparar las cuatro libertades económicas (trabajo, comercio, industria y crédito) del título preliminar del proyecto de Constitución de 1873 con la escueta referencia a la libre elección de profesión del artículo 12 de la Constitución de 1876.

Al igual que todos los derechos constitucionales, esta libertad vincula a todos los poderes públicos, incluido el legislador. El Tribunal Constitucional, a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, es competente para enjuiciar las normas que regulan el ejercicio de la iniciativa económica privada. Podría matizarse, como veremos más adelante, que existe un debate específico acerca de si existe un contenido esencial de la libertad de empresa que sea inmune al legislador y sobre la intensidad con la que puede el Tribunal Constitucional controlar la proporcionalidad de las limitaciones. Sin embargo, la ubicación de este derecho en el artículo trigésimo octavo de la Constitución conlleva dos diferencias respecto de otros derechos fundamentales. Solo rige la reserva de ley general para la regulación del ejercicio del derecho y no es aplicable la reserva cualificada de ley orgánica para el desarrollo legislativo. Además, no puede ser invocado ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. La exclusión del grupo de derechos recurribles en amparo no repercute en

una menor protección de esta libertad, porque la tutela se presta a través de los procedimientos ante la justicia ordinaria. Aunque la vía de acceso al Tribunal Constitucional potencia el carácter objetivo de la interpretación constitucional de este derecho.

La Constitución reconoce un derecho constitucional que no tiene correspondencia en los tratados internacionales de derechos humanos. No hay un precepto equivalente en el Convenio Europeo, aunque la interpretación amplia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace de la propiedad (*Tre Traktörer Aktiebolag* contra Suecia, de 7 de julio de 1989) y de la vida privada (*Sidabras y Džiautas* contra Lituania, de 27 de julio de 2004) le conducen a tutelar facultades que en el sistema español asociamos con la libertad de empresa. En la medida en que la libertad de empresa no tiene una correspondencia directa en el Convenio Europeo, la imposibilidad de invocar en amparo la vulneración de la libertad de empresa no distorsiona el papel del Tribunal Constitucional como mediador entre el estándar constitucional y convencional de protección de los derechos fundamentales.

Mientras, la libertad de empresa se ha convertido en un principio del Derecho de la Unión Europea, que se reconoce actualmente en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según las explicaciones que acompañan a la Carta, el origen de este derecho, como principio general del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia induce a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, se encuentra en la Sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974 (asunto 4/73).

Puede matizarse que esta Sentencia, dictada tres años antes de la promulgación de la Constitución española, pone el foco principal en el derecho de propiedad y de forma complementaria se añade que “existen garantías similares del libre ejercicio del comercio, del trabajo y de otras actividades profesionales” (párrafo 14). Que no se reconoce directamente un derecho específico a la libertad de empresa se advierte mejor en las conclusiones del Abogado General, Alberto Trabucchi, cuya argumentación

se fundamenta en el derecho de propiedad y en una genérica libertad de comercio. El Abogado General y el Tribunal de Justicia aluden a la libertad de comercio, que resulta la denominación más extendida en el siglo XIX y que se mantiene, por ejemplo, en el vigente artículo 11 de la Constitución de Luxemburgo.

En el momento en que se dicta esta Sentencia, las normas fundamentales de los Estados miembros de la Unión no contenían un derecho a la libertad de empresa. La referencia más próxima era entonces el derecho a la libre iniciativa privada del artículo 41 de la Constitución italiana (dejando al margen la libertad de comercio e industria). Es mayor la distancia con la libertad de profesión del artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn, que en este punto se aparta del artículo 151 de la Constitución de Weimar, que proclamaba la libertad económica del individuo, quedando garantizada la libertad de comercio e industria “conforme a las leyes del Imperio”.

La denominación de libertad de empresa era una particularidad del artículo 38 de la Constitución española de 1978, hasta que se aprobaron las Constituciones de los países que habían formado parte del bloque comunista. El artículo 61 de la Constitución portuguesa (tras la revisión constitucional de 1982) sigue el modelo de la Constitución italiana, al afirmar que la iniciativa económica privada se ejerce libremente. La incorporación de la libertad de empresa a las Constituciones de Chequia, Eslovaquia, Rumanía, Bulgaria, Croacia o Hungría, entre otros países, sumada a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, consolida paulatinamente este derecho, hasta merecer ser recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

La atribución de eficacia vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa abre la puerta a que el artículo 16 pudiera utilizarse como parámetro de control por los tribunales de los Estados para enjuiciar las restricciones a la libertad de empresa introducidas por una ley nacional que aplicara Derecho de la Unión. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso “Medicamentos

veterinarios” (Sentencia de 27 de abril de 2021. 2 BvR 206/14), sostiene la congruencia entre el artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce la libertad de profesión, y el artículo 16 de la Carta, respecto de la protección de los secretos comerciales, y defiende la existencia en este tema de un estándar paneuropeo de carácter general.

1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

El uso de la denominación de libertad de empresa, unida a la alusión que el precepto constitucional hace a la economía de mercado como marco de este derecho, sitúa el artículo 38 de la Constitución en el centro del debate sobre la idea de “Constitución económica”. Aunque la Constitución simplemente alude a la “economía de mercado”, la cláusula de Estado social que formula el artículo primero modula el modelo de referencia, por lo que ha sido frecuentemente recurrir a la idea de origen alemán de la “economía social de mercado”.

En un sentido meramente descriptivo, la Constitución económica serviría para referirse a un conjunto de preceptos constitucionales que tienen la función de habilitar, orientar y limitar la intervención del Estado en la economía. Se discute si cabe extraer del concepto de Constitución económica alguna consecuencia prescriptiva.

El principal intento en España por extraer consecuencias jurídicas de la idea de Constitución económica se encuentra en el voto particular del Magistrado Luis Díez-Picazo a la STC 37/1981, de 16 de noviembre. Considera que la 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”. Díez Picazo defiende que la Constitución excluye aquellos sistemas económicos contrarios a la existencia del mercado. Pero matizó que la Constitución no sanciona un modelo en concreto. Afirma que el concepto “economía social de mercado” tiene un carácter abierto, dentro de la que caben dife-

rentes grados y formas de intervención pública, siendo compatibles con la Constitución “un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa”. En consecuencia, el concepto normativo de Constitución económica se proyecta, en caso de aceptar que puede servir como parámetro de control, sobre el modelo global y no sobre políticas públicas concretas.

La evolución de la política económica ha restado relevancia al posible uso del concepto de Constitución económica como canon de enjuiciamiento. El desarrollo legislativo del artículo 38 se ha producido en un contexto favorable a la liberalización, impulsada por la revolución tecnológica y la globalización de los mercados. Las disposiciones de la Constitución que facultan al Estado, en un sentido amplio, a reservar al sector público servicios esenciales o a intervenir empresas (artículo 128.2) y a planificar la actividad económica general (artículo 131) apenas han sido utilizadas. Por el contrario, se ha generalizado la prestación de servicios esenciales por parte de empresas privadas, produciéndose una intensa reformulación de la doctrina del servicio público, en la que el Estado adopta una función como regulador y garante más que como prestador de los servicios. Otra cuestión distinta es la virtualidad puede tener la referencia a la economía de mercado como criterio de interpretación. En concreto, si puede servir para acotar el contenido del derecho o si puede orientar la ponderación con otros derechos y principios constitucionales.

2. EL ALCANCE DE LA LIBERTAD CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA

La tarea de acotar el ámbito de garantía de la libertad de empresa plantea dificultades en tres niveles. Primero, para distinguir entre los intereses empresariales y las facultades jurídicamente protegidas. Como señala el Tribunal de Justicia en la Sentencia Nold, la garantía que deriva de los principios generales del Derecho de la Unión no puede extenderse “en

ningún caso a la protección de meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica”.

Otro motivo para delimitar el alcance de la libertad de empresa deriva de la concurrencia respecto del derecho de propiedad o la libre elección de profesión u oficio, que aparecen también en la declaración constitucional de derechos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Asimismo, la libertad de empresa tiende a confundirse con las libertades de circulación y establecimiento de las personas y bienes en todo el territorio español del artículo 139.2, vinculadas a la garantía de la unidad de mercado. Pese al título, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, no persigue solo remediar la fragmentación del mercado, sino también poner coto al exceso de regulación, en línea con los índices internacionales sobre libertad económica. La Ley alude de forma indistinta a la libre iniciativa económica y a la libertad de circulación y establecimiento de los operadores económicos, fusionando el desarrollo legislativo de los artículos 38 y 139.2 de la Constitución.

Finalmente, se plantea el difícil deslinde entre las facultades legales y el contenido constitucional. Por ejemplo, respecto de las facultades de dirección y control de la actividad laboral se produce un solapamiento entre el contenido constitucional y legal de la libertad de empresa. En un contexto en el que las innovaciones tecnológicas han contribuido a expandir las posibilidades reales de ejercicio de la facultad de control del empresario sobre los trabajadores, se generan nuevos conflictos con la privacidad de los empleados. Al ponderar los bienes en conflicto surge el interrogante sobre si este poder de dirección forma parte meramente del contenido legal de la libertad de empresa (el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores) o si las sentencias que imponen obligaciones o condiciones al empresario afectan realmente a la garantía constitucional del artículo 38. La idea de que esta facultad forma parte del contenido constitucional de la libertad de empresa forma parte del debate sobre las SSTC 39/2016, de 3 de marzo, o 119/2022, de 29 de septiembre.

La posibilidad de acotar el contenido del derecho fundamental, diferenciando la garantía constitucional de los intereses empresariales y de los derechos legales de los que son titulares los empresarios, está directamente conectada con la caracterización de la naturaleza jurídica del derecho.

El contenido constitucional se estrecha radicalmente cuando se caracteriza la libertad de empresa como una garantía institucional. El principal exponente de esta posición es el voto particular de Díez-Picazo a la STC 37/1981. El autor deduce, a partir de la vinculación de la libertad de empresa con la constitución económica, que el artículo 38 “establece los parámetros del orden económico, pero no reglas jurídicas de libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la actividad económica”. Concluye que la reserva al legislador estatal de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del artículo 38 únicamente se refiere a los criterios que caracterizan la economía de mercado, no siendo precisa la uniformidad en todo el territorio nacional del régimen concreto de ejercicio de la actividad empresarial.

La finalidad de esta construcción era criticar la solución dada por la Sentencia, en la que se había considerado que la obligación impuesta por el legislador vasco a los cargadores de mercancías de aceptar el transportista facilitado por el organismo público correspondiente afectaba a las condiciones básicas reservadas al Estado (artículo 149.1.1ª CE). La Sentencia se basaba en que la restricción era particularmente intensa, porque en el caso de que el empresario se negara a aceptar al transportista propuesto, la administración disponía de un amplio margen de discrecionalidad para valorar si la negativa estaba justificada. De acuerdo con la Sentencia, la obligación colocaba a los cargadores de mercancía “en una situación sustancialmente distinta de aquella en que se encontraría si la llevara a cabo, en cualquier otra parte de España”. Por el contrario, el voto particular consideró que la norma autonómica no transgredía la garantía combinada de los artículos 38 y 149.1.1ª CE, porque la restricción no resultaba suficientemente significativa desde la perspectiva del sistema económico.

Una segunda teoría consiste en subrayar el carácter objetivo de la garantía, pero sin excluir la dimensión subjetiva. En este sentido, se ha sostenido que el artículo 38 consagra una libertad constitucional con una predominante dimensión objetiva. La STC 83/1984 de 24 julio, afirmó que en el artículo 38 CE “predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional”, por lo que solo reconoce el derecho a “iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”, mientras que el ejercicio de las diferentes actividades empresariales está disciplinado por normas de muy distinto orden. La reglamentación de las actividades empresariales en concreto no es considerada por esta Sentencia como una regulación del ejercicio del derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 38 CE, a los efectos de aplicar las garantías del artículo 53.1 CE (reserva de ley y contenido esencial). La Sentencia dejaba completamente en manos del legislador, y de la potestad reglamentaria del gobierno, la fijación de los requisitos para la apertura de oficinas de farmacia, incluyendo la posibilidad de establecer distancias mínimas entre farmacias.

La jurisprudencia constitucional ha evolucionado acentuando la vertiente individual del derecho. La STC 225/1993, de 8 de julio, sobre las restricciones autonómicas a los horarios comerciales, marca un punto de inflexión, aunque esforzándose por mantener una apariencia de continuidad. No se abandonó la perspectiva objetiva o institucional, reiterando muchas de las ideas previas sobre la distinción entre la iniciativa económica y el ejercicio concreto de la actividad empresarial, pero se introdujeron matices importantes. Se reconoció una vertiente individual en la libertad de empresa, que aparecía preterida en la STC 83/1984. En este sentido, destaca la afirmación de que el artículo 38 supone “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión”. Se refuerza así la opinión que defiende que la libertad de empresa es un auténtico derecho fundamental en cuanto a su fundamento, de forma que esta libertad es a la vez manifestación del libre desarrollo de la personalidad y fundamento del orden político, como proclama con carácter general el artículo 10.1 de la Constitución.

Como consecuencia de esta nueva posición respecto a la naturaleza jurídica del artículo 38, se amplió el alcance de la garantía, diciendo que la libertad no es sólo para crear empresas y para actuar en el mercado, “sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”. Además, la STC 225/1993 exige que el legislador no establezca “limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente” el ejercicio de la actividad empresarial. La jurisprudencia ha ampliado aún más el objeto del artículo 38. La STC 111/2017, de 5 de octubre, identifica la libertad de empresa con “la libertad de intercambio comercial; esto es, la capacidad de ofrecer servicios o productos en el mercado”. La STC 7/2023, de 21 de febrero ha afirmado que la libertad de contratación es una vertiente de la libertad de empresa.

3. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS LÍMITES LEGALES

La libertad de empresa está sujeta a numerosas limitaciones y controles. La STC 227/1993, de 9 de julio, sobre la ley catalana de equipamientos comerciales, destacó que la actividad empresarial 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”. Hay actividades económicas (por ejemplo, la banca y el crédito, la actividad de seguro, los servicios de interés general) que, dada su trascendencia social o económica, merecen una regulación más intensa y llevan a que el Estado se asegure de su recto funcionamiento mediante el establecimiento de autorizaciones administrativas, la regulación de los precios o la imposición de obligaciones relacionadas con la prestación de servicios públicos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ofrece, como regla general, ejemplos de aplicación formalizada y completa del juicio de proporcionalidad. En la STC 53/2014 de 10 abril, sobre el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, afirmó que las regulaciones públicas que limiten el ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma, deben ser constitucionalmente adecuadas, “sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política”. Aplica un juicio de adecuación que tiene como objetivo hacer frente a las limitaciones que sean arbitrarias.

Se adopta un examen más severo de los límites cuando las restricciones afectan al principio de igualdad. La STC 109/2003, de 5 de junio, afirma que la libertad de empresa “exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen 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” (se examina la igualdad de las restricciones, por ejemplo, en el ATC 71/2008, de 26 de febrero). También se intensifica el control de proporcionalidad cuando la medida afecta a la unidad de mercado. Especialmente cuando se aplica la Ley de garantía de la unidad de mercado, cuyo carácter básico la convierte en parámetro de control de la legislación autonómica, como parte del bloque de constitucionalidad (STC 89/2017 de 4 julio). La Ley contiene un listado reducido de razones de interés general que justifican el establecimiento de una autorización e incorpora el test de necesidad.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia coincide con la constitucional en considerar que los derechos económicos no son prerrogativas absolutas, sino que quedan modulados a la luz de la “función social de los bienes y actividades protegidos”. Sin embargo, hay diferencias de matiz en cuanto a la forma que adopta el control judicial. Entre las Sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales, posiblemente la más relevante sea la dictada por la Gran Sala en el caso *Sky Österreich*, de 22 de enero de

2013 (asunto C-283/11), en la que se enjuiciaba la validez de una Directiva que permitía a las televisiones emitir resúmenes de las retransmisiones de acontecimientos de gran interés para el público aun cuando los derechos de retransmisión hubieran sido adquiridos en exclusiva por otra cadena. Se puede apreciar cómo el Tribunal de Justicia aplicó un examen formalizado de proporcionalidad, que incluye el examen de la necesidad de la normativa, basada en la existencia de alternativas menos restrictivas que sean igualmente eficaces, y de la proporcionalidad de las restricciones impuestas a la libertad de empresa en relación con los objetivos que se persiguen.

Sin embargo, se trata de un juicio de proporcionalidad que deja al legislador un amplio margen de configuración de los límites a la libertad de empresa. Se basa en un entendimiento amplio de los objetivos que pueden justificar la intervención pública y en una perspectiva negativa del juicio de necesidad y proporcionalidad. No se trata de sustituir la valoración hecha por el legislador, sino de comprobar que los órganos políticos han realizado esta ponderación. Se examina la existencia de una motivación suficiente y racional de los límites. No es en absoluto comparable con la posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la era *Lochner*, en referencia a la Sentencia de 1905 en la que se declaró la inconstitucionalidad de una ley que limitaba la duración máxima de la jornada laboral. Cabe recordar que el Tribunal Supremo negaba que el Estado pudiera asumir una función de tutela de colectivos que estuvieran en una situación de desigualdad respecto al empresario para negociar sus condiciones de trabajo.

4. UNA LIBERTAD GARANTIZADA POR EL ESTADO

El artículo 38 de la Constitución se completa con una segunda frase en la que se encomienda a los poderes públicos la tarea de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa “y la defensa de la productividad”. Se condiciona este deber a “las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. El mercado en el que se desarrolla la libertad de empresa no es

una institución natural que florece por la libre concurrencia de iniciativas privadas y que precisa únicamente un Estado que se abstiene de intervenir. Por el contrario, el mercado es la consecuencia de unas regulaciones que hacen posible cohonestar diversas libertades y derechos en concurrencia. No existe mercado sin Derecho ni Estado. La necesidad de la intervención del Estado para garantizar el ejercicio de la libertad de empresa ha estado estrechamente vinculada a la defensa de la unidad económica en un Estado descentralizado territorialmente.

Encontramos un primer ejemplo del papel activo del Estado en la caracterización de la legislación sobre competencia como una defensa de la libertad de empresa. La STC 88/1986, de 1 de julio, acuña la idea de que el reconocimiento constitucional de la economía de mercado, como marco de la libertad de empresa, supone el deber de perseguir las prácticas que puedan dañar la concurrencia entre empresas. El Tribunal Constitucional afirmó que la represión de las prácticas anticompetitivas 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”. El contexto en el que la STC 88/1986 vincula la libertad de empresa y la legislación sobre libre competencia era el conflicto sobre el encuadre competencial de las restricciones impuestas por el legislador autonómico sobre las ventas a pérdida o en rebajas. La finalidad de la norma era la clave para considerar aplicable la materia protección de los consumidores, de titularidad autonómica, o defensa de la competencia, atribuida al Estado. La identificación entre la libertad de empresa y la libre competencia pasó a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (y a la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio) y a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Esta conexión fue reiterada en las SSTC 208/1999, de 11 de noviembre, y 108/2014 de 26 junio, en las que se enjuiciaba desde la perspectiva competencial la reserva a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de potestades ejecutivas para sancionar las conductas anticompetitivas o autorizar las concentraciones de empresas.

Esta dimensión positiva de la libertad de empresa, que reclama la intervención del Estado, está muy presente en la Ley de garantía de la unidad de mercado. Esta ley fue impugnada por las Comunidades Autónomas, por considerar que vaciaba sus competencias. La STC 79/2017, de 22 de junio, ha intentado mantener el equilibrio entre los principios de unidad y autonomía. La Sentencia ha considerado la inconstitucionalidad del principio de eficacia en todo el territorio nacional de los requisitos de acceso a una actividad y del mecanismo de suspensión automática previsto para las impugnaciones que realice la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia respecto a las disposiciones autonómicas. Pero ha considerado constitucional que el legislador estatal restrinja los fines que justifican la regulación del mercado, especialmente frente a los sistemas de autorización, e implante un control de proporcionalidad más severo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M.: “Constitución económica y libertad de empresa”, en Iglesias Prada, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 1, Civitas, 1996, pp. 163-180
- ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, 1995.
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa*, Civitas, 2006
- ESTEVE PARDO, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, 2013.
- GARCÍA VITORIA, I.: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

LÓPEZ GUERRA, L.: “El modelo económico en la constitución”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, N° 2, 1983, pp. 17-25.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la: *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “La libertad de empresa en la Constitución”, en Iglesias Prada, J.L.(coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 1, Civitas, 1996, pp. 431-446.

SÁINZ MORENO, Fernando: “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de administración pública*, N° 84, 1977, págs. 597-644.