

El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas.

MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Libertad de empresa. Contenido y garantías.
 1. La libertad de empresa como derecho subjetivo y su contenido difícilmente delimitable.
 2. La reserva de Ley como garantía de la libertad de empresa.
 3. Principios informadores de las normas que establezcan limitaciones a la libertad de empresa. Proporcionalidad, racionalidad y libertad.
- III. El contenido esencial de la libertad de empresa.
 1. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional.
 2. El contenido esencial de la libertad de empresa.
- IV. El papel de la llamada Constitución económica en relación con la libertad de empresa.
 1. Constitución económica y contenido esencial de la libertad de empresa.
 2. Las distintas concepciones de la Constitución económica.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de empresa se encuentra recogida en el artículo 38 CE, que dispone: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación».

Dada su ubicación en la sistemática de la Constitución (Sección 2, Capítulo II, Título I) el precepto tiene su importancia: esa libertad vincula a todos los poderes públicos, y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio, correspondiendo al Tribunal Constitucional la posibilidad de controlar la legitimidad de dichas leyes por la vía del recurso de inconstitucionalidad (artículo 53.1 CE).

Este breve recorrido por el texto de la Carta Magna, pone sobre el tapete las graves y complejísticas cuestiones jurídicas que gravitan sobre este derecho.

En primer lugar, es preciso determinar el contenido de la libertad de empresa, en qué consiste, para poder, en consecuencia, delimitar el alcance de la reserva de ley que el artículo 53.1 CE establece.

¹ Precisiones de que se ha hecho eco Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2000, pp. 563 y 564.

² Cfr. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, p. 89. También Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, Vol I, p. 87.

³ Cfr. *Ob. cit.* p. 110.

⁴ Por ejemplo, Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, pp. 86 y 87.

⁵ *Idem*, p. 86.

Y a su vez, dentro del contenido, es necesario identificar su «núcleo duro», como dirían los alemanes, es decir su contenido mínimo, irreductible, indisponible, el *contenido esencial*, en orden a preservarlo incluso de la obra del legislador, como establece el artículo 53.1 CE.

En tercer lugar, no estamos ante un derecho o libertad absoluto o abstracto, sino que se mueve, aletea, en una atmósfera social y económica concreta: «en el marco de la economía de mercado». Además, «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación». La cuestión se complica todavía más si ponemos la libertad de empresa en relación con otros preceptos de la Constitución, señaladamente los artículos 128 y 131 CE: «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general» (artículo 128 CE); «1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza, y su más justa distribución» (artículo 131 CE). La Constitución se remite a lo que la doctrina ha llamado la *Constitución económica*. Por tanto, determinar el significado y el papel que la «economía de mercado» y esta *Constitución económica* desempeñan en relación con la libertad de empresa también se nos antoja como una tarea insoslayable para el jurista.

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA. CONTENIDO Y GARANTÍAS.

1. La libertad de empresa como derecho subjetivo y su contenido difícilmente delimitable.

La libertad de empresa es calificada por la doctrina como un tipo del género de los derechos fundamentales, aunque un derecho fundamental «sui generis», porque su contenido es difícilmente delimitable¹. Aunque derecho fundamental, no goza de la garantía del recurso de amparo². SORIANO GARCÍA³ ve en la posibilidad expresa que establece el artículo 128 CE en favor de la intervención de empresas un dato más a favor del carácter de derecho fundamental que tiene la libertad de empresa.

Algunos autores⁴ han insistido en la idea de que la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE es «absolutamente» un derecho subjetivo, no meramente un principio de un modelo económico que la Constitución sanciona. Y ello con todas las consecuencias: su titular ostenta un *status* jurídicamente tutelable por los Tribunales de Justicia, en los términos que establecen los artículos 24, 53 y 106 CE, frente a la actuación de los distintos poderes públicos que pudieran suprimirla, modificarla o reducirla⁵, aunque con los límites y modulaciones que a lo largo de este trabajo veremos.

2. La reserva de Ley como garantía de la libertad de empresa.

Ya hemos visto cómo el artículo 53.1 CE reserva a la Ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Carta Magna, entre los que se encuentra recogida la libertad de empresa (artículo 38 CE).

El TC ha aclarado en alguna ocasión⁶ que la reserva de Ley que el artículo 53.1 CE hace gravitar sobre el derecho a la libertad de empresa no es una reserva rígida y absoluta. Tal reserva no supone un obstáculo para que el legislador realice las habilitaciones que estime oportunas a fin de que el Gobierno dicte las disposiciones reglamentarias que estime oportunas sobre esta materia.

Ahora bien, para que estas habilitaciones, y las consiguientes reglamentaciones que como consecuencia de ésta pudiera dictar el Gobierno, sean compatibles con la Constitución, dados los taxativos términos en que se pronuncia el artículo 53.1 CE, es necesario que la habilitación concreta establecida por el legislador no sea una habilitación reglamentaria genérica que haga posible una regulación independiente de la Ley. Al contrario, el legislador debe al menos *fixar los límites u objetivos* que la reglamentación ha de seguir. El legislador, añade el TC, no puede abdicar de esta tarea, habilitando genéricamente al Gobierno, lo cual equivale a una *deslegalización* y, por tanto, violaría la reserva de Ley constitucionalmente establecida. Estos razonamientos son los que condujeron a la STC 83/1984 a declarar inconstitucional el párrafo 9 de la base XVI de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, en cuanto que habilitaba al Gobierno para establecer libremente por vía reglamentaria la regulación y limitación del establecimiento de oficinas de farmacia.

En este sentido se pronuncia también la doctrina. La reserva de Ley que establece el artículo 53.1 CE supone:

- La exclusión del Reglamento independiente⁷;
- Se exige habilitación legal al Gobierno para que la potestad reglamentaria pueda incidir en la regulación de este derecho. La Ley puede contener remisiones a la normativa reglamentaria, siempre y cuando se excluya que, a través de tales

remisiones, pueda alcanzarse una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. El Reglamento debe considerarse aquí como un mero complemento técnico⁸, y no como un instrumento para la definición de la política económica, que queda reservada, así, al Poder legislativo, órgano del Estado que goza de la máxima legitimidad democrática. Se trata de «evitar que el Gobierno democrático de la economía se convierta en un Gobierno corporativo de los diversos sectores implicados en cada materia, pactando las diversas medidas de intervención y su finalidad con los sectores interesados» (TORNOS)⁹.

- La Ley debe recoger expresamente la orientación y el contenido fundamental que pueda asumir la ulterior regulación complementaria que haya de llevarse a cabo¹⁰.

3. Principios informadores de las normas que establezcan limitaciones a la libertad de empresa. Proporcionalidad, racionalidad y libertad.

Una vez reconocida la posibilidad de que normas de muy distinto orden dican, y en ocasiones muy intensamente, sobre la libertad de empresa, aunque respetando en cualquier caso su contenido esencial, procede poner de relieve algunas pautas o principios que el TC ha ido decantando en su jurisprudencia y que deben ser tenidas en cuenta a la hora de adoptar las citadas medidas por quien en cada caso corresponda.

En primer lugar el TC se ha referido al principio de proporcionalidad. En efecto, la Constitución permite la adopción de medidas restrictivas de la libertad de empresa para asegurar otro fin constitucionalmente legítimo (por ejemplo, el medio ambiente *ex* artículo 45 CE), pero esta medida no debe ser *exorbitante*,

⁶ Muy señaladamente en la ya citada STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3.

⁷ Vid. Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 163. Vid. también José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 111.

⁸ Vid. Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, pp. 161 y 162.

⁹ Citado por Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 163.

¹⁰ Vid. Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 163.

¹¹ Cfr. STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 4, que permitió ciertas medidas limitativas de la libertad de empresa en aras, precisamente, de la protección del medio ambiente y la conservación de determinados recursos naturales. En el sector de la televisión, la STC 127/1994, de 5 de mayo, estimó conforme a Derecho la autorización previa del ejercicio de la libertad de empresa en el sector de la televisión privada. Explica el TC (FJ 6 D) que «la libertad de empresa no resulta resquebrajada constitucionalmente por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado, y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros».

¹² Cfr. STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 4. En otra ocasión, el TC rechazó la acusación de irracionalidad o arbitrariedad que la cuestión de inconstitucionalidad número 1891/1991 dirigía al artículo 5 de la Ley 9/1984, de 5 de marzo, que exigía a los organizadores de ferias comerciales oficiales la ausencia de ánimo de lucro. La STC 84/1993, de 8 de marzo, que resolvió este asunto, rechaza esa calificación de irracionalidad porque la medida limitativa (el requisito de ausencia de ánimo de lucro) pretende que la organización de ferias comerciales oficiales sea lo más abierta y lo menos gravosa posible. Es indudable, insiste el TC, que si se admite un margen de lucro empresarial por parte de las entidades organizadoras de los certámenes, ello puede condicionar no sólo el mismo proyecto, en general, de la organización ferial, sino también el mismo acceso a las ferias por parte de los expositores y visitantes, al hacerlo más gravoso (FJ 2 B). Acompaña el TC este argumento

sino que ha de ceñirse a la adopción de las medidas que sean suficientes para asegurar el fin que pretende conseguirse, no pudiéndose ir más allá¹¹.

El principio de racionalidad, íntimamente conectado con el anterior, exige la existencia de una «conexión razonable» entre el medio empleado (la limitación de la libertad de empresa) y el fin que se pretende (la protección de algún otro valor, principio o derecho constitucional)¹².

En tercer lugar, el regulador ha de tener presente el principio «pro libertate» o de libertad, según el cual debe acogerse la medida que, siendo suficiente y racionalmente adecuada para la consecución del fin, sea la menos restrictiva de la libertad de empresa. De tal forma, que una variación de las circunstancias de urgencia que han aconsejado la adopción de las medidas restrictivas, ha de suponer la sustitución de éstas por otras menos restrictivas, en la medida en que éstas sean suficientes para garantizar el fin en las nuevas circunstancias¹³.

III. EL ¿CONTENIDO ESENCIAL? DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

1. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El TC no ha acotado de manera precisa el contenido esencial de la libertad de empresa, pero sí que ha proporcionado, por lo menos, un concepto general de lo que debe entenderse por *contenido esencial de los derechos fundamentales*. De igual forma, también se ha referido a un *método* general que podría aplicarse, a su entender, a cada derecho fundamental para tratar de extraer su contenido esencial concreto¹⁴.

A este respecto, especial interés despierta la tempranísima STC 11/1981, de

8 de abril. Se le planteaba en dicha ocasión al Alto Tribunal un Recurso de Inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre el derecho de huelga. En el curso de la resolución del mismo, el TC se ve obligado a ofrecer una definición de «contenido esencial». Y dice, en su FJ 8, que para aproximarse a esa idea, cabe seguir dos caminos.

Uno primero consistiría en tratar de describir lo que se suele llamar la «naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho». Según esta vía, se trataría de establecer una relación entre el lenguaje empleado por la Constitución y las «ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho». Por ello, según este primer método, constituye el contenido esencial de cada 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. Todo ello referido al momento histórico concreto y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en buscar lo que una importante tradición ha llamado los «intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos». Lo esencial sería aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Por lo tanto, se desconocería el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Termina este importante Fundamento Jurídico 8 afirmando que los dos caminos propuestos no son en absoluto

excluyentes, sino, por el contrario, complementarios.

El método descrito es aplicado, posteriormente, por la Sentencia que comentamos al derecho de huelga en el FJ 10, donde extrae el contenido esencial del mismo. El TC lo ha aplicado después en algunas otras Sentencias, como por ejemplo en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, en la que se resuelve cumulativamente un recurso y unas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (popularmente conocida también como «Ley Corcuera»). En ella (FJ 8 A) el TC vuelve a insistir, al interpretar el contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE, en que la Constitución no aparece en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada, de tal forma que cabe interpretar los conceptos jurídicos que utiliza la Constitución atendiendo a las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas en Derecho en general. Ideas y convicciones que contribuyen todas ellas a delimitar así en cada momento una imagen del derecho que resulta indispensable para reconocerlo o no subsistente en las regulaciones de las que pueda ser objeto, esto es, para captar en definitiva, lo que la Constitución llama su *contenido esencial*.

Por lo tanto, cabe detectar por cualquiera de las dos vías expresadas una lesión del contenido esencial del derecho cuando, primero, la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es reconocible con precisión y en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho o cuando, aun siendo reconocible como tal, aparece el derecho en la regulación legal sujeto a limitaciones o dificultades de ejercicio más allá de lo razonable o despojado de la protección necesaria¹⁵.

Se ha sintetizado por la doctrina que

se ha ocupado de la cuestión que el «contenido esencial» sólo engloba aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades), como externo (protección de que goza), y sin los cuales dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto. Es en definitiva un concepto jurídico indeterminado¹⁶.

De estas consideraciones se desprende que la definición dada por el TC de «contenido esencial» tiene un marcado carácter empírico¹⁷, por lo que las cuestiones que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal... y para cada caso concreto» (STC 37/1981, de 16 de noviembre).

2. El contenido esencial de la libertad de empresa.

En Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la libertad de empresa. Pero a diferencia de lo sucedido con otros derechos o libertades fundamentales, cuyo contenido esencial sí se ha atrevido a describir de forma más o menos concreta, hasta el momento no se ha pronunciado sobre cuál es el contenido esencial de la libertad de empresa¹⁸.

Y como hemos visto, la funcionalidad del contenido esencial reviste una importancia capital dentro del sistema de garantías fundamentales que establece la Constitución. Una de las funciones más relevantes que este concepto está llamado a cumplir es el de ser *límites de límites* o *Schrankenschränken*, en término acuñado por la doctrina alemana¹⁹. Los límites que el legislador pueda oponer a los derechos fundamentales no significa siempre *exclusión* de los mismos²⁰. Pero dichas limitaciones sí encuentran un límite infranqueable: el contenido esencial, que viene a ser así una garantía: «La cuestión se centra, así, en determinar el al-

con el principio de libertad: la medida adoptada por el artículo 5 de la Ley enjuiciada en modo alguno viene a impedir que las entidades mercantiles emprendan en Cataluña la realización de ferias comerciales, en un sentido lato, con ánimo y realización de lucro propio, posibilidad que la Ley sólo niega si el promotor de tales certámenes pretendiera atribuirles cualquiera de las denominaciones que la Ley reserva para las ferias de carácter oficial.

¹⁵ Vid. STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 4.

¹⁶ Método que, con razón, ha calificado Mariano LÓPEZ BENÍTEZ como "excesivamente abstracto y evanescente". Vid., de este autor, "La subsidiarité fonctionnelle", *Droit Administratif et subsidiarité*, Centre d'Études Constitutionnelles et Administratives, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 112.

¹⁷ Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981» *REDC*, Vol. 1, Núm. 3 (septiembre-diciembre de 1981), p. 190.

¹⁸ Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial...», *Ob. cit.*, p. 188.

¹⁹ Vid. Sebastián MARTIN-RETORILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 167. Vid., también, Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial...», *Ob. cit.*, p. 190.

²⁰ Así lo pone de relieve Javier PEREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2000, p. 564.

¹⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial...», *Ob. cit.*, p. 175.

²⁰ Mariano LOPEZ BENITEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994, pp. 413-416.

²¹ *Id.* Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial...», *Ob. cit.*, p. 177.

²² STC 37/1981, de 16 de noviembre.

²³ SSTC 83/1984, de 24 de julio; 111/1983, de 2 de diciembre.

²⁴ En relación, por ejemplo, con la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales: STC 66/1991, de 22 de marzo.

²⁵ STC 135/1992, de 5 de octubre.

²⁶ STC 84/1993, de 8 de marzo.

²⁷ STC 127/1994, de 5 de mayo.

²⁸ STC 89/1994, de 17 de marzo.

²⁹ SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 90/1997, de 6 de mayo; y 204/1997, de 25 de noviembre.

³⁰ Como sería el de aprovecharse de las ventajas jurídico-públicas (subvenciones y beneficios) de la organización de una feria comercial. Es lo que resuelve la STC 84/1993, de 8 de marzo, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el Decreto 318/1987, de la Generalidad de Cataluña, que desarrolla la Ley 9/1984, de 5 de marzo. Entre otros artículos se cuestionaba la constitucionalidad del número 5, que exigía a los organizadores de ferias comerciales oficiales la ausencia de ánimo de lucro. La en-

tidad mercantil que inicialmente recurrió el Decreto catalán alegaba vulneración de la libertad de empresa.

³¹ Así, la STC 127/1994, de 5 de mayo. En esta Sentencia, el TC resuelve los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, reguladora de la Televisión privada. En esta norma se establecía, entre otras cosas, la concesión administrativa como mecanismo jurídico que instrumenta la concurrencia de los empresarios privados en el sector televisivo. La STC argumenta que una cosa es el derecho fundamental y otra distinta el derecho a instaurar los instrumentos indispensables para el ejercicio de esas libertades (FJ 4, B). El Voto Particular formulado por el Magistrado Gabaldón López insiste, sin embargo y no sin razón, que en este caso el derecho fundamental (la libertad de expresión) es absorbido por el medio material (la televisión), que condiciona de modo radical el derecho fundamental, pues la concesión administrativa presupone la mutación de la titularidad de un derecho fundamental, habiéndose afectado de esta forma a su contenido esencial. La distinción entre derecho fundamental y condicionamiento técnico no debe ser, por lo menos, tan radical que conlleve la imposibilidad del ejercicio de aquél o una usurpación de los mismos a sus titulares, máxime cuando la Constitución no se limita a establecer un catálogo de derechos fundamentales como una declaración de buenas intenciones, sino que insiste en la remoción de los obstáculos y la promoción de las condiciones que sean necesarias para que la libertad y la igualdad, así como la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural sean *reales y efectivas* (artículo 9 CE).

³² Es la conclusión que extrae la STC 89/1994, de 17 de marzo (FJ 6), que resolvió desfavorablemente una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de

cance del contenido esencial como límite constitucional de los límites de los derechos fundamentales»²¹.

El Tribunal Constitucional ha abordado el estudio de la libertad de empresa desde una perspectiva más bien casuística. Se ha referido a ella desde el punto de vista del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas²², de la reserva de ley²³, de su relación con otros intereses constitucionalmente protegidos²⁴; de la vinculación pública de ciertas inversiones de las entidades de crédito²⁵; de la organización de ferias comerciales²⁶; de la intervención pública en el sector de la televisión privada²⁷; de las relaciones jurídicas derivadas de un contrato de arrendamiento²⁸; de las relaciones entre empresarios y trabajadores²⁹; etc.

En todos estos pronunciamientos el TC aborda el contenido esencial de la libertad de empresa de modo negativo, es decir, diciendo *lo que no es, no lo que es*. Así, por ejemplo:

- No incluye un derecho de prestación³⁰;
- No supone el derecho a instaurar los instrumentos indispensables para el ejercicio de esas libertades³¹;
- Lo que no es limitación ilegítima del derecho de propiedad conectada a la libertad de empresa tampoco es limitación ilegítima de ésta³².
- La libertad de empresa tiene un límite infranqueable en los derechos fundamentales de los trabajadores³³.
- La libertad de empresa no puede ser objeto de un irrestricto despliegue de modo que dañe o ponga en peligro otros principios o derechos constitucionales³⁴.

Tan sólo en alguna ocasión se ha referido el TC al contenido esencial de la libertad de empresa en términos posi-

vos, aunque muy vagos. Se trata, sobre todo, de la ya citada STC 83/1984, de 24 de julio, en la que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada a la Base XVI, párrafo 9., de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, por cuanto habilitaba genéricamente al Gobierno para dictar, sin restricción alguna, una normativa en principio reservada a la Ley posteriormente por el artículo 53.1 CE. En el FJ 3 dice expresamente que «en el artículo 38 CE no se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden». Por tanto, parece que el TC concibe la libertad de empresa como un derecho que se desdobra en dos vertientes: el derecho a iniciar la actividad empresarial y el derecho a sostener en libertad la actividad empresarial. Pese a no referirse expresamente al derecho de cesar en la actividad empresarial, tal posibilidad podríamos entenderla contenida en el derecho a sostener *libremente* la actividad empresarial, ya que difícilmente ese «sostener» podría calificarse como *libre* si no se tuviera la posibilidad de cesar en el mismo *libremente*.

Pero además, las breves palabras del TC que hemos transcrito aluden expresamente a dos límites que pudiéramos calificar de *intrínsecos* a la libertad de empresa. Esos derechos a iniciar, sostener y cesar libremente en la actividad empresarial encuentran su contrapunto en dos matizaciones:

- La libertad de empresa no engloba el derecho a acometer *cualquier* empresa;
- Y la libertad de empresa puede encontrarse *disciplinada* en su ejercicio por normas de muy distinto orden.

En el primero de los límites late la idea que se refleja en el artículo 128.2 CE: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos

1964, precepto que establecía la prórroga forzosa para el arrendador y que indirectamente ocasionaba la imposibilidad de actualizar las rentas conforme a los valores actuales de mercado. Se cuestionaba la invasión del contenido esencial de propiedad, por cuanto dicha previsión legislativa vaciaba en realidad a la propiedad de toda utilidad económica para su titular sin posibilidad, además, de compensarse con el equivalente patrimonial que exige el artículo 33 CE para todo supuesto expropiatorio. La STC rechaza los argumentos aludidos justificando la prórroga forzosa en el límite intrínseco que la función social supone al derecho de propiedad, que en el presente caso deriva del artículo 47 CE (el derecho de todos a una vivienda digna y adecuada), con lo que la constitucionalidad del artículo 57 la LAU queda salvado. Otra cosa, dice el TC, es el mecanismo de actualización de rentas, que no se encuentra en el artículo 57 de la Ley, sino en el 95, sobre el que no se proyecta la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que se rechazan las pretensiones. LO más relevante de la Sentencia a los efectos que aquí nos interesan es, sin embargo, la vinculación que el TC establece en el FJ 6 entre la configuración constitucional del derecho de propiedad y la libertad de empresa. Las limitaciones de aquél por razón de función social devienen límites también para ésta en la medida en que el derecho de propiedad es un instituto, entre otros, susceptible de ser puesto al servicio de la libertad de empresa. Por lo demás, el Voto Particular se aparta del criterio del Fallo (en mi opinión aquí también con razón) aunque más por motivos formales que por auténticas razones de fondo. La Sentencia de la mayoría, sostiene el Voto, elude la revisión del sistema arrendaticio enjuiciado citándose con excesivo formalismo al «petitum» de la cuestión.

³³ La STC 186/1996, de 25 de noviembre, concede el amparo a un monitor-socorrista de un Instituto

Municipal de Cultura y Deportes que había sido despedido por el Ayuntamiento ante la remisión por parte del trabajador de una carta personal a diversas instituciones mostrando su desacuerdo ante la gestión del servicio por parte del ente municipal. El TC entiende que no hay tono ofensivo, ni imputaciones lesivas al crédito de la organización, ni un especial *animus nocendi*. Se trataría más bien de un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, que no debe ceder ante la libertad de empresa (FJ 3). En la misma línea se mueve la STC 90/1997, de 6 de mayo. En este pronunciamiento el TC estima que la discrecionalidad de que goza la empresa en la selección del personal, de entre sus trabajadores a tiempo parcial, para el acceso a la jornada completa, no es ilimitada, sino que su ejercicio ha de ser racional y motivado, no pudiendo aplicarse criterios que supongan un trato desigual, máxime cuando, como en el caso concreto, la discriminación trae causa en el ejercicio de un derecho fundamental por parte del trabajador, como es la participación en una huelga (FJ 6). Aunque no otorga finalmente el amparo, la STC 204/1997, de 25 de noviembre, también se hace eco de esta doctrina. Tras afirmar que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el de difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, por cuanto «las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad» ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 CE legitima que quienes presten servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de los titulares deban soportar limitaciones injustifi-

cadadas en sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional (FJ 2). En el caso enjuiciado, sin embargo, el Tribunal no aprecia que se esté ante el ejercicio de un auténtico derecho fundamental, sino que el trabajador rebasó las fronteras de la libertad de expresión pasando sin más al insulto.

³⁴ Así se desprende, por ejemplo, de la STC 66/1991, de 22 de marzo, en la que se resuelve la impugnación planteada por el Gobierno de la Nación a la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988. En esta Orden se prohibía la venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Esta prohibición, que en principio afecta a la libertad de empresa y libre circulación de bienes, es para el TC en esas concretas circunstancias un instrumento adecuado para la protección de especies animales en peligro de subsistencia, ya que con esta medida se intentaba hacer frente a la presencia de especies exóticas afectadas de afanomicosis y prevenir así el contagio al cangrejo autóctono.

³⁵ Una interesante panorámica de las distintas opiniones doctrinales la ofrece Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, pp. 167 y 168., y del que nos hacemos eco en el texto.

³⁶ Vid. Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, 2000 (11ª ed.), p. 444, que se hace eco de las restricciones que el legislador puede imponer a la libre organización de la empresa, como es el caso de las Cajas de Ahorro (pues el capital de estas empresas carecen de propietario en sentido estricto), o de los Bancos

o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio...». En el segundo, luce la posibilidad que brinda el artículo 53.1 CE: «Sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». De ambos límites tendremos ocasión de pronunciarnos más adelante.

Frente a la indefinición de que hasta el momento presente ha hecho gala el TC, la doctrina ha esbozado diferentes intentos de definición del contenido esencial de la libertad de empresa³⁵. Así, el Profesor COSCULLUELA MONTANER, para quien la libertad de empresa comprende no sólo el derecho de creación de empresas, sino también el de dirigir la empresa, lo que implica repercutir sobre el titular de su capital las pérdidas y beneficios que se pueden generar, además del derecho a la libre o autónoma organización de la misma³⁶. Para E. CUESTA supone libertad de acceso al mercado y libre gestión empresarial sometida a las leyes de un mercado libre. Para J. DUQUE, la libertad de empresa se refiere no sólo a los actos iniciales de organización y de la actividad empresarial, sino también a la actividad de y a los actos concretos de la empresa una vez creada. O. de JUAN ASENJO la concibe como una libertad que se proyecta sobre las decisiones económicas primarias que expresan los términos de libertad de inversión, libertad de organización y libertad de contratación o libertad negocial. A. ROJO aborda la cuestión asumiendo también explícitamente el marco que al respecto facilita el texto constitucional. La delimitación del contenido esencial exige para él descomponer esa libertad en tres dimensiones básicas: libertad de acceso al mercado (salvo la excepción de aquellos sectores globalmente considerados que se reservan al sector público *ex artículo 128 CE*), lo que supone que cualquier persona puede crear empresas en cualquier sector económico³⁷; libertad de ejercicio de la empresa, con los dos límites del artículo 38 CE (exigencias de la economía general y una eventual planificación), lo que significa a su vez libertad de decisión y libertad de competencia; y por último, libertad de cesación en el mercado.

Por otra parte, un sector de la doctrina italiana ha visto en la libertad de empresa uno de los modos, dignos de tutela, mediante los cuales el individuo realiza su personalidad: esto y sólo esto sería el fundamento del reconocimiento constitucional de la libertad de iniciativa económica privada³⁸. Nuestra Constitución establece como marco introductorio, precisamente, del catálogo de los derechos y deberes fundamentales, el principio de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), aspectos que han sido utilizados en varias ocasiones como elementos hermenéuticos por el TC en orden a determinar el alcance del derecho fundamental concreto sometido a su conocimiento³⁹. Por ello, ¿cabría la posibilidad de ensayar un concepto del contenido esencial de la libertad de empresa basado en estas consideraciones «personalistas» de los derechos fundamentales a que dan pábulo esta doctrina italiana y de nuestro TC? Se trataría de aplicar la clave ¿personalista? como criterio interpretativo del contenido esencial de la libertad de empresa. Tan sólo la dimensión estrictamente moral de los derechos fundamentales, esto es, la vertiente de los derechos fundamentales directamente vinculada a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE), constituyen el contenido esencial del derecho, y sólo a este núcleo alcanzarían las garantías reforzadas que la Constitución establece frente a la intervención del legislador (el ¿límite de límites?).

IV. EL PAPEL DE LA LLAMADA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Además de los límites que de que puede ser objeto la libertad de empresa, y que, siguiendo el método un tanto casuístico del TC, hemos visto, la libertad de empresa no es un derecho absoluto o abstracto porque se mueve, aletea,

en una atmósfera social y económica concreta: lo que la doctrina ha venido en llamar la Constitución Económica. Ésta vendría recogida en el mismo artículo 38 CE (cuando dice que la libertad de empresa se ejercerá «en el marco de la economía de mercado» y «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación»), 128 CE («1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general») y 131 CE («1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza, y su más justa distribución»).

Los preceptos a que hemos hecho alusión afectan directa e intensamente al ejercicio de la libertad de empresa, como es lógico.

1. Constitución económica y contenido esencial de la libertad de empresa.

De la STC 37/1981, de 16 de noviembre, se desprende que la Constitución económica supone un límite legítimo al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa; o, dicho con otras palabras, el contenido esencial de la libertad de empresa se encuentra intrínsecamente configurado por la misma Constitución económica: «No hay lugar a entrar en el análisis de qué es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cuál el contenido esencial de esta libertad, que, en todo caso ha de ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del artículo 128.1 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto

el apartado segundo de este mismo artículo como el apartado 1 del artículo 131...». Más expresivo resulta el Voto Particular a esta misma Sentencia formulado por el Magistrado don Luis Díez Picazo, al que se adhieren los Magistrados don Manuel Díez de Velasco Vallejo y don Plácido Fernández Viagas: el contenido esencial alude a un determinado contenido más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados. Esos parámetros son la llamada «Constitución económica» que permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa. Las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limite la libertad de los empresarios, no alteran los términos del artículo 38 CE.

De las nociones proporcionadas por este Voto Particular se trasluce una interesante concepción del contenido esencial presidido por la idea de *flexibilidad*: el contenido esencial no es un núcleo rígido e inalterable, sino que es susceptible de ser moldeado según la política económica que presida el momento político histórico concreto, aunque ceñido a los parámetros del sistema económico constitucionalizado.

2. Las distintas concepciones de la Constitución económica.

La dificultad se encuentra sin embargo en determinar cuáles son esos parámetros que componen el sistema económico consagrado por la Constitución. El Voto particular alude a una economía «plenamente liberal», una «economía intervenida» y una «economía planificada». Dentro de ese marco, la indemnidad del contenido esencial de la libertad de empresa resultaría inalterada.

Las posiciones existentes en la doctrina se han polarizado en torno a dos

(a los que se impone la forma de sociedad anónima con base en el interés general de la actividad que ejercen).

³³ Un extremo que obliga a considerar, aclara Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Ob. cit.* p. 168., muy rigurosamente toda la legislación existente en materia de autorización para la «libre» instalación, ampliación o traslado de empresas de toda clase.

³⁸ Vid. Francesco GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Valencia, 1980, p. 206.

³⁹ Por ejemplo, en la STC 81/2001. En esa ocasión, una entidad mercantil utiliza en su publicidad unos sencillos trazos diseñados a ordenador y que bastaban para identificar lo más característico de la identidad de un conocido actor humorístico español. Éste, sintiendo vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen, acude en amparo al TC, el cual distingue en el derecho a la propia imagen una doble vertiente: moral y patrimonial. Por la primera, este derecho es un trasunto de la dignidad de la persona humana y, como derecho fundamental que es, tutelable por las vías especiales que la Constitución establece. Ahora bien, la esfera patrimonial del derecho, es decir, los rendimientos económicos derivables de esa imagen, no es tutelable como derecho fundamental, sino que para ello habrá de acudir a la vía ordinaria y según lo que establezca la legalidad vigente. Sobre la base de esta distinción, denegó el amparo.

⁴⁰ Esta es la tesis que sigue el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ, de la que se hace eco José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, Marcial Pons, p. 89, el cual rechaza la tesis de GARCIA PELAYO. Este autor mantenía que la Constitución no ofrece ningún modelo económico, sino un marco dentro del que caben varios. SORIANO rechaza esta postura por considerarla jurídicamente vaga e inútil: la Constitución se decanta por la libertad de empresa como regla general, y todo lo demás son excepciones a este principio.

⁴¹ *Vid.* José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 94.

⁴² *Vid.* José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 102.

⁴³ *Vid.* Sebastián MARTIN-RE-TORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, pp. 89 y 169, citando a F. GALGANO.

⁴⁴ *Vid.* Sebastián MARTIN-RE-TORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 89.

⁴⁵ *Vid.* Sebastián MARTIN-RE-TORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 90. En similares términos se pronuncia Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, *Ob. cit.*, p. 445: "La libertad de empresa no constituye un derecho abstracto e ilimitado, ya que debe ponerse en relación con el artículo 128.1 de la CE, que establece la subordinación de la riqueza del país al interés general, y del 131 que permite al Estado ordenar la economía general, incluso mediante una planificación compatible con la subsistencia del modelo de economía de mercado. Además, (...) la libertad de empresa se reconoce en el marco de la economía de mercado, lo que comporta sujetarse a la normativa reguladora de la defensa de la competencia (...). Igualmente está limitada la libertad

concepciones ideológicas en cierto sentido opuestas. Un sector interpreta la libertad de empresa y la Constitución económica en la que ésta se mueve conforme a los postulados económicos del liberalismo contemporáneo. Otros autores mantienen un punto de vista mucho más matizado y ponderado.

Los representantes de la primera postura se inclinan por una libertad de empresa como derecho ejercitable, pero de tal naturaleza prevalente, que todos los demás componentes económicos de la Constitución en la que aquélla se enmarca no son más que una excepción a lo que es el principio general (la libertad de empresa)⁴⁰. Para estos autores el derecho consagrado en el artículo 38 CE tendría un doble carácter: el subjetivo y el institucional. Por el primero, la libertad de empresa es un derecho subjetivo fundamental, ejercitable ante los Tribunales de Justicia por su titular, aunque no protegido por el recurso de amparo. Y por el segundo, la proyección institucional de la libertad de empresa la identifican con el mercado. Sin mercado, no hay libertad de empresa. Por tanto, la regulación del mercado debe servir a la misma salud del mercado: éste sería el sentido último del Derecho de la Competencia, por ejemplo⁴¹, y por lo tanto la defensa de la competencia es un componente esencial de la libertad de empresa⁴².

Los segundos reconocen que el artículo 38 CE y la libertad de empresa que allí se consagra, junto con la economía de mercado, no excluyen, sino al contrario, permite y en ocasiones impone la intervención de los poderes públicos. Sería el caso del Derecho de la Competencia, en el que se reconoce un alto grado de intervención a los poderes públicos para defender la supervivencia del propio mercado frente a los inherentes propósitos de todo empresario por conquistar posiciones de monopolio que lo libren de los riesgos e insidias de la concurrencia, asegurándose así unos mayores beneficios al erigirse en árbitro de los precios⁴³. La remisión del propio artículo 38 CE a las exigencias de la

economía nacional y en su caso a la planificación es un supuesto de habilitación expresa para la actuación de los poderes públicos en la regulación del proceso económico⁴⁴. Además, el artículo 38 CE forma parte de un sistema normativo más amplio, en el que hay otros muchos preceptos que imponen a los poderes públicos muy precisas intervenciones. Por ejemplo, la Constitución establece expresamente que el Estado debe atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos; promover la defensa de los consumidores; redistribuir la renta, regular el comercio; planificar, en su caso, la actividad económica general; y un largo etcétera de supuestos con los cuales no sólo se habilita a los poderes públicos, sino que incluso se les imponen determinadas actuaciones con un sentido marcadamente obligacional⁴⁵. Incluso se afirma que la «economía de mercado» debe interpretarse siguiendo un método estrictamente jurídico y que éste no es otro que utilizar las claves *autointegradoras* que ofrece la propia Constitución y que están en el sistema *axiológico positivizado* en la Constitución, en los *objetivos socioeconómicos institucionales*, en el *margen de acción normativa y acción empresarial concedido al propio Estado* en el ámbito económico, y en última instancia en la *expresión ideológica fundamental* de nuestra Constitución política y económica contenida en el artículo primero («España se constituye en un Estado social y democrático de Derechos»)⁴⁶.

Por último, y en términos globales, se ha afirmado con razón el carácter unitario y sistemático de la Constitución económica. En la línea de afirmar la constitucionalización de un modelo económico (flexible, aunque un modelo, no varios) se ha dicho que el principio del Estado social y democrático de Derecho es el elemento que da unicidad y compromete a los poderes públicos a organizar la economía de mercado de modo acorde con el Estado social o, si se quiere, a realizar históricamente el Estado social en el marco de la economía de mercado⁴⁷.

El artículo 128 CE en su apartado 1 establece que «toda la riqueza del país, en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general».

Lo más destacable de este apartado es, quizá, la amplitud con que se recoge el condicionamiento que establece: no hay ninguna exclusión, toda la riqueza del país se ve afectada por este condicionamiento. La subordinación al interés general de toda la riqueza es referible tanto a la de carácter público como a la de carácter privado. Y habría aquí base suficiente para considerar que la libertad de empresa está constitucionalmente *funcionalizada* a la satisfacción de exigencias socioeconómicas, de tal manera que forja una regla jurídica para resolver los conflictos de intereses que se originen entre la libertad de empresa y las exigencias socioeconómicas formal o materialmente constitucionalizadas⁴⁶. Pero, como ha subrayado algún autor, esta suerte de habilitación no supone en ningún caso una especie de cheque en blanco que libremente puedan utilizar los poderes públicos: existen unas limitaciones procedimentales, a saber, las que están previstas en cuanto a la delimitación del contenido del derecho de propiedad (33.2 CE); expropiación forzosa (33.3 CE); reserva al sector público (128.2 CE), etc. Y también hay unas limitaciones materiales: el ejercicio de esta cláusula está condicionado por el interés general, que en todo caso deberá ser acreditado⁴⁷.

En esta línea se mueve también la doctrina italiana al hilo de la interpretación de su propia Constitución económica: la «utilidad social» también se considera como límite justificado de la libertad de iniciativa económica privada y, por tanto, de la búsqueda del beneficio, pero como tal límite de una de las libertades del individuo tan sólo puede ser establecido por la ley, ya que según el principio democrático operante en un Estado de Derecho cualquier tipo de límite impuesto a los derechos de los ciudadanos necesita el consentimiento del órgano que obtiene de aquéllos su

iniciativa directa. Por tanto, la empresa privada únicamente podrá afirmarse que está funcionalizada para la utilidad social si existen y sólo en la medida en que existan leyes específicas que la funcionalicen. Para esta doctrina la iniciativa económica privada debe ejercerse, en aplicación de la Constitución, en función de la utilidad social, pero debe tratarse de una funcionalización real, y no mistificada; y debe tratarse de una funcionalización democrática. Su cobertura formal es la Ley, su sede constitucional son las asambleas colectivas (el Parlamento y, en el ámbito de sus competencias, las asambleas regionales) con un debate abierto de cara al país, con una confrontación dialéctica entre todas las fuerzas políticas⁴⁸.

El apartado 2 del artículo 128 CE reza así: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Para los autores más proclives a la interpretación liberal de la Constitución económica, la planificación es un límite excepcional a la libertad de empresa⁴⁹. La reserva hecha por este 128.2 ha de hacerse sobre la base de un título exquisitamente legal y sobre un recurso o servicio esencial. Puede reservarse al sector público y en régimen de monopolio, por lo que no habrá competencia, al no haber concurrencia de operadores económicos. Si los hubiera con anterioridad a la reserva, procederá con respecto a los mismos justa indemnización⁵⁰. Si el sector se reserva a diferentes iniciativas públicas, no habrá tampoco concurrencia entre ellas, ni tendrán que competir entre sí⁵¹. La desmonopolización y devolución del mismo a la libertad de empresa, puede pasar por la *regulación* del sector desmonopolizado por parte de los poderes públicos para adecuar la libertad al objetivo público perseguido, pero el resultado ha de ser el de la libertad, nunca de nuevo otro

de empresa por los derechos de los consumidores, cuya defensa constituye un principio rector de la política social y económica, cuya garantía la CE impone a los Poderes Públicos (STC 88/1986, de 1 de julio) y que se concretan esencialmente en la LGDCU».

⁴⁶ Vid. Juan Ignacio FONT GALLAN, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987, p. 148.

⁴⁷ Vid. Juan Ignacio FONT GALLAN, *Ob. cit.*, p. 140.

⁴⁸ Vid. Juan Ignacio FONT GALLAN, *Ob. cit.*, p. 148.

⁴⁹ Vid. Sebastián MARTIN-RETTORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 95.

⁵⁰ Vid. Francesco GALGANO, *Ob. cit.*, pp. 207-209.

⁵¹ En este sentido, vid. José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 102.

⁵² Vid. José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 109.

⁵³ Vid. José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 109.

⁵⁴ Vid. José Eugenio SORIANO GARCIA, *Ob. cit.*, p. 113.

⁵⁵ Vid. Sebastián MARTIN-RE-TORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 99.

⁵⁶ Vid. Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, "La subsidiarité...", *Ob. cit.*, pp. 113 y 114.

⁵⁷ Vid. Sebastián MARTIN-RE-TORTILLO BAQUER, *Ob. cit.*, p. 99. También se refiere a estos requisitos Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, "La subsidiarité...", *Ob. cit.*, pp. 114-118.

monopolio, aunque de carácter privado esta vez. La concesión a un particular de un monopolio pugnaría así con la libertad de empresa en términos que no tienen cabida en nuestra Constitución. Y ello porque, según estos autores, la libertad de empresa en su vertiente institucional, es decir, el mercado, exige la competencia (si no, no habría mercado); y la única excepción que la Constitución le reconoce a este principio general es el del monopolio público, no el privado (128.2 CE)⁵⁴.

La doctrina más ponderada en sus apreciaciones sobre la Constitución económica ha señalado oportunamente, frente a quienes subordinan este precepto al artículo 38 CE, que sería prevalente, que los artículos 128.2 y 38 CE se refieren a supuestos diferentes y no juega entre ellos la relación de prevalencia de uno sobre el otro⁵⁵. El 128.2 CE no es incompatible ni contradictoria con el derecho a la libertad de empresa anteriormente analizado, puesto que actúan sobre ámbitos diferentes. El artículo 128.2 CE habría que verlo como una norma que habilita para el ejercicio

de la iniciativa pública económica. Éste sería, precisamente una de las novedades del sistema económico diseñado por la Constitución, en contraste con el esbozado por las normas del anterior régimen político, presidido, al menos en el plano normativo, por el principio de subsidiariedad. El modelo resultante de la Constitución pivota, por tanto, sobre la iniciativa económica privada y sobre la iniciativa pública. El artículo 38 CE se refiere a la primera, mientras que el artículo 128.2 CE alude a la segunda, iniciativa ésta que puede ejercerse con criterios de oportunidad y conveniencia y sin que, en principio, la Constitución marque limitaciones a esta posibilidad del tenor de las que lucían cuando estaba vigente el principio de subsidiariedad⁵⁶.

Ahora bien, la posibilidad que brinda este 128.2 CE no exonera al sector público de su obligación de respetar necesariamente las reglas de la competencia, ni de la obligación de no obtener ni *de iure* ni *de facto* privilegio alguno en su *status* ni en sus procedimientos de actuación⁵⁷.