

IV. MISIÓN DE LA COMPAÑÍA DE JESÚS, UNIVERSIDAD, EMPRESA

La libertad de empresa: el marco institucional y su contenido esencial

Manuel Paniagua Zurera¹

1. La economía y la economía de mercado

La economía de mercado o capitalista es un conjunto de estructuras de coordinación de necesidades, de precios y de información, entre multitud de oferentes y demandantes que compiten sobre miles de bienes económicos que da respuesta, mediante el mercado y la concurrencia de la oferta y demanda sobre estos bienes, a las tres cuestiones fundamentales de toda organización económica: 1º) La producción de bienes y servicios y su volumen. 2º) Los recursos económicos y la tecnología empleados. 3º) Y, la atribución de las rentas o los beneficios. El mercado, y su mecanismo de precios fijados a través de la oferta y la demanda, controlan qué bienes y servicios se producen, cómo se producen y para quién se producen. En la práctica el mecanismo actúa a favor de los intereses de empresarios y profesionales, y en mayor grado cuando la competencia económica resulta falseada, limitada o excluida.

El Estado y sus instituciones regulan e intervienen en los mercados a través de sus políticas microeconómicas y macroeconómicas. Como afirman SAMUELSON-NORDHAUS (1993), *Dirigir una economía sin el Estado y sin el mercado es como tratar de aplaudir con una mano*. O, en forma más rotunda, sin la acción de los Estados y sus instituciones no existirían mercados. A falta de la regulación, el control y la defensa estatal y social de los mercados, los empresarios y profesionales acaban matando por asfixia a su razón de ser: la competencia económica.

De igual modo, tanto el gasto público como la moral, son presupuestos necesarios para el funcionamiento del mercado tal y como lo entendemos. No se ajustan al principio de realidad las teorías económicas sobre los mecanismos del mercado ajenas a valo-

¹ Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Loyola Andalucía.

raciones, intereses y prejuicios ideológicos, políticos, sociales y éticos. Los mecanismos del mercado siempre han respondido a ciertos valores e intereses que conforman determinados tipos de sociedades (A. SMITH 1776, J. K. ARROW 1974, J. RAWLS 2002 y, en contra F. A. HAYEK 2006).

2. La Constitución económica y los pilares de una economía de mercado

La doctrina científica viene trabajando con las nociones de *Constitución económica*, modelo económico y, en términos más precisos, sistema económico, para referirse al conjunto de normas constitucionales que establecen los derechos, las facultades, las libertades y las potestades públicas para el ejercicio actividades económicas, tanto de los ciudadanos, como de las administraciones públicas; y, fijan los límites legales, los deberes, las obligaciones y las responsabilidades que derivan del ejercicio de estos derechos y libertades en materia económica

La jurisprudencia constitucional predica el concepto de *Constitución económica* del conjunto de normas que proporcionan el marco jurídico general para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica [Sentencias Tribunal Constitucional (SSTC) 1/1982, 28.01 Fundamento Jurídico (FJ) 1, 11/1984, 2.02 FJ 5 o 64/1990, 5.04 FJ 3]. Este contexto implica la existencia de unos principios económicos básicos que deben aplicarse con carácter unitario para garantizar un orden económico único. Como ejemplos más relevantes, la libertad de empresa conforme al art. 38 CE; la unidad de mercado reconocida en el art. 139 CE; la competencia estatal sobre las bases de la ordenación general de la actividad económica del art. 149.1.13º CE; o, la coordinación entre la Hacienda estatal y las autonómicas según el art. 156.1 CE. Además, la *Constitución económica* establece una serie de objetivos económicos generales de aplicación en todo el territorio nacional que la Norma fundamental encomienda, como propios del Estado social de Derecho, a todos los poderes públicos (v., *ad ex.*, arts. 38, 40, 51, 53.3, 129 o 130 CE).

La Norma *normarum* reconoce y protege los pilares fundamentales de una economía capitalista o economía de mercado de claro sesgo liberal decimonónico, que conectan con la tradición del liberalismo sobre los derechos civiles y políticos.

Primero. Se reconoce el derecho a la propiedad privada² de los medios de producción, y el derecho a la herencia (art. 33.1 CE). Como garantía, se prohíbe que algún ciudadano pueda ser privado de sus bienes y derechos *sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes* (art. 33.3 CE). El sistema tributario no puede tener *alcance confiscatorio* (art. 31.1 CE).

² Excepción hecha de la propiedad intelectual e industrial (v. art. 118), el TFUE dispone: “Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros” (art. 345).

Segundo. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Este precepto es el eje del sistema económico constitucionalizado. El mercado ha de ser promovido y tutelado como espacio donde se desarrollan los procesos y las relaciones económicas. La libertad de empresa tiene como antecedentes, junto a la propiedad privada, los reconocimientos en las constituciones decimonónicas del derecho al trabajo y de las libertades de industria y comercio. El contexto histórico era el propio de un hegemónico capitalismo comercial sin trabas.

Tercero. Se reconoce el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE); el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.1 letra a) CE]; y, los derechos de asociación (art. 22 CE) y de fundación (art. 34 CE).

3. El mercado interior y el modelo social europeo

Antes de avanzar en el marco y el contenido esencial de la libertad de empresa, hemos de desvelar el espacio donde opera, y el ánimo que inspira su ejercicio. El espacio de operatoria no se limita al mercado nacional, sino al mercado interior de la Unión Europea, lo que ya fue previsto por el poder constituyente en 1978 (art. 93). El ánimo, digamos, el aire que respira la libertad de empresa, está necesitado de la competencia económica y coloreado por el modelo social europeo.

Los Estados miembros han constituido la Unión Europea, que sucede a las Comunidades Europeas, atribuyéndole las competencias que figuran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) para alcanzar unos objetivos comunes [art. 1 Tratado de la Unión Europea (TUE)]. La Unión tiene personalidad jurídica (art. 47 TUE). Desde el 1º de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión se ha hecho cargo de las competencias atribuidas a la Comunidad Europea.

Como competencias económicas exclusivas de la Unión figuran, por ejemplo, la unión aduanera, el establecimiento de las normas sobre competencia económica necesarias para el funcionamiento del mercado interior o la política comercial común (art. 3.1 TFUE). Y, entre las competencias compartidas están el mercado interior, la agricultura y la pesca, el medio ambiente, la protección de los consumidores, los transportes, las redes transeuropeas, la energía o la investigación y el desarrollo tecnológico (art. 4 TFUE)³.

Los objetivos de la Unión se establecen en el art. 3 TUE, por ejemplo, la promoción de la paz y el bienestar de sus pueblos, o el fomento del desarrollo sostenible y el progreso científico y técnico. Por su directa incidencia económica, y por el celo de las

³ Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros (principio de atribución) (art. 5.2 TUE). En las materias atribuidas como exclusivas a la Unión, sólo ésta puede legislar y ejecutar, y los Estados podrán hacerlo si son facultados por la Unión (art. 2.1 TFUE). Por otro lado, en las materias compartidas podrán legislar y ejecutar tanto la Unión como los Estados miembros; pero, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla (art. 2.2 TFUE).

instituciones de la Unión Europea (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión) en velar por su integridad, destaca que la Unión *establecerá un mercado interior*. Un mercado, ya establecido, sustentado *en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social* (art. 3.3 TUE)⁴, que fomente *la justicia y la protección sociales, y la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros* (art. 3.3). La Unión *establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro* (art. 3.4).

La Unión Europea ha establecido el marco jurídico del mercado interior (el mercado común del Tratado de Roma de 1958): un espacio sin fronteras para la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales. El contenido de la libertad de empresa en los Tratados figura en el Título IV TFUE (Libre circulación de personas, servicios y capitales), sobre todo en su Capítulo 2 dedicado al “Derecho de establecimiento” (arts. 49–55). Este derecho-libertad comprende *el acceso a las actividades no asalariadas (o por cuenta propia) y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades* (art. 49 párr. segundo).

Las tres décadas neoliberales y la *gran recesión* han ralentizado *de facto* estos mandatos sobre el mercado interior. Es más, el vendaval neoliberal y su colapso económico han derribado buena parte de la construcción del modelo social europeo. Este modelo social se caracteriza por la existencia de unos sistemas de protección social de elevado nivel (los sistemas públicos de seguridad social y las prestaciones por desempleo), por la importancia del diálogo social (la concertación entre sindicatos y organizaciones empresariales) y por unos servicios de interés general que comprenden actividades y prestaciones esenciales para el progreso y la cohesión social (la sanidad, la educación, la vivienda, el transporte público, el suministro de agua y energía o las rentas mínimas de subsistencia).

Con los avances y retrocesos característicos de la integración europea, debemos reconocer que desde la incorporación de España a la hoy Unión Europea (1986), esta unión supranacional es el escenario político, institucional, social, económico y, especialmente jurídico, que ha motivado la práctica renovación de nuestra legislación, en especial, la mercantil en tanto que ligada a la actividad económica, los agentes económicos y las empresas. En este escenario institucional, la incorporación de España a la Unión ha contribuido a cimentar, aún más, el protagonismo de la libertad de empresa y de la competencia en nuestra *Constitución económica*.

⁴ Causa extrañeza que en el Título VIII TFUE, dedicado a la política económica y monetaria, los redactores olviden el concepto jurídico-político de economía social de mercado, y se refieran en forma redundante a un (*sic*) principio de una economía abierta y de libre competencia (v. arts. 119, 120 y 127). La apertura y la libre competencia son inherentes a la economía de mercado, no adjetivan en ningún sentido lógico. Parece que estamos ante una falta de concordancia ya que las referencias indicadas proceden de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE 97/C 340, de 10.11.1997 y BOE de 7.05.1999).

4. La economía social de mercado y los valores y principios sociales

La *Constitución económica* recibe, junto a las bases de una economía de mercado, la modalidad de la economía capitalista conocida como *economía social de mercado* (arts. 1.1 y 9.2 CE)

La noción político-jurídica de economía social de mercado surge en la experiencia política y jurídica alemana del periodo de entreguerras mundial, como derivación del reconocimiento constitucional del Estado democrático social o, desde otra perspectiva, como adaptación del Estado liberal al capitalismo industrial. De Alemania se extiende a la cultura jurídica continental (GARCÍA-PELAYO, 1977), y es recibida por las constituciones de la Europa occidental promulgadas tras la segunda guerra mundial (Italia, Grecia, Portugal y España). Este sistema económico ha sido asumido por la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht (1992). El citado art. 3.3 párrafo primero TUE dispone que la Unión establecerá un mercado interior basado, entre otros objetivos, en una *economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social*.

Los fines últimos de la economía social de mercado son hacer reales y compatibles una tutela rigurosa de las libertades individuales, con el valor jurídico y ético de la igualdad social. La meta perseguida es la equilibrada conciliación de dos valores que han enmarcado los debates políticos, ideológicos, sociales, económicos, éticos y, por supuesto, jurídicos en occidente: la libertad individual, así como el reconocimiento y la protección de la propiedad privada, la autonomía privada y la libertad de empresa; y, la igualdad social y la admisión de una intervención pública limitada en la economía a favor de los más necesitados y excluidos social y económicamente. Bien es cierto que el cómo, el cuánto y el cuándo de las medidas para alcanzar este objetivo depende de las mayorías parlamentarias y los Ejecutivos que apoyen.

Junto a los derechos y libertades de claro origen y adscripción *liberal*, la Constitución de 1978 contiene normas y principios socioeconómicos que delimitan, presiden y *funcionalizan* en sentido social, esto es, en beneficio del interés general, los pilares antes enumerados. Cabe compendiar los principales núcleos de este presupuesto de la libertad de empresa, con frecuencia en forma de habilitaciones constitucionales para la intervención pública en la economía.

Primero. La noción de función social de la propiedad, presente desde el reconocimiento del derecho (art. 33.2 CE), y traducida en su sustancia última en la sujeción de todas las formas de riqueza al interés general (art. 128.1 CE).

Segundo. La libertad de empresa se funcionaliza en sentido social porque debe coordinarse con *la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación* (art. 38 *in fine* CE).

Tercero. Se reconoce la iniciativa económica pública en paridad de condiciones con la privada (art. 128.2 CE). No se ha constitucionalizado el principio de subsidiariedad⁵. El sector público puede, mediante Ley, reservarse *recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio*. Estas facultades están en retroceso en las últimas décadas ante la ola neoliberal y desreguladora que vivimos, y ante ciertas exigencias provenientes de la Unión Europea (v. art. 37 TUE).

El poder público puede acordar *la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general* (art. 128.2 *in fine* CE). Esta potestad se proyecta sobre los bienes económicos necesarios para la satisfacción de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 26/1981, 17.07 FJ 10 y 51/1986, 24.04 FJ 2). Con la incorporación a la Unión Europea, el alcance de este mandato se ha limitado en grado sumo por efecto de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia de la Unión.

Cuarto. Se regula la posible planificación estatal de la *actividad económica general* (art. 131 CE), con ciertos condicionantes formales (v. *gr.*, exigencia de Ley formal) y, sobre todo, sustanciales: 1°. Debe abarcar a la *actividad económica general*, no a una empresa o sector económico aislado. 2°. Debe cumplir los objetivos constitucionales fijados, a saber, *atender 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*. 3°. Y, debe respetar las previsiones constitucionales y, especialmente, la libertad de empresa y su contenido esencial. De todo ello resulta que en la CE no cabe una planificación imperativa, ya que estaríamos ante la antítesis de la economía de mercado; pero sí es viable una planificación indicativa que, de hecho, en forma bastante tímida se realiza anualmente en las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento.

Quinto. La Constitución establece, con un carácter marcadamente programático, un amplio y elogiado conjunto de principios y objetivos socioeconómicos que aparecen en diversos lugares de la Norma fundamental (v. *gr.*, arts. 129 y 130 CE). Si bien, se concentran especialmente en su Capítulo III del Título I, arts. 39 a 52, bajo la rúbrica *De los principios rectores de la política social y económica*. Estos principios han de estar presentes en las normas legales, en las sentencias y resoluciones judiciales y en la práctica administrativa (art. 53.3 CE); pero no conceden directamente derechos exigibles a los poderes públicos que derivarán, en su caso, de las leyes de desarrollo que los reconozcan.

⁵ Que sí preside, junto al principio de proporcionalidad, el ejercicio de las competencias de la Unión (v. art. 5 TUE).

5. La libertad de empresa y su contenido esencial

5.1. El reconocimiento constitucional

Fruto del consenso político e, inevitablemente, de la flexibilidad normativa y conceptual que presidió la redacción de la CE de 1978, el primer inciso del art. 38 CE dispone, *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*. Contenido que coincide, en lo sustancial, con el reconocimiento de la libertad de industria y comercio en el constitucionalismo español. Después de un punto y seguido, el precepto añade, *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* (art. 38 inciso segundo).

En forma más directa la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶ dispone: *Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales* (art. 16). Un precepto antes desarrolla la libertad profesional y el derecho a trabajar y, en el siguiente, el derecho a la propiedad. Cualquier limitación a los derechos y libertades de la Carta *deberá ser establecida por la ley y respetar el (su) contenido esencial* (art. 52.1). En todo caso, las limitaciones respetarán el principio de proporcionalidad y deberán estar justificadas en *objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás* (art. 52.1, *Alcance de los derechos garantizados*)⁷.

De la ubicación constitucional del art. 38 CE (en la Sección 2ª del Capítulo II del Título Primero, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”), resulta que el derecho-libertad⁸ fundamental de empresa [i] vincula a todos los poderes públicos; [ii] su ejercicio sólo puede ser regulado mediante Ley formal; que, [iii] en todo caso, *deberá respetar su contenido esencial* (art. 53.1 CE). Sin duda, entre las leyes –de carácter general, deben ser– más trascendentes que han desarrollado el contenido esencial de la libertad de empresa figura la Ley 20/2013, 9.10, *de garantía de la unidad de mercado* (LGUM). Este desarrollo legal [iv] cuenta con la garantía del juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional a raíz de los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad, y de los conflictos de competencias entre el Estado y las Autonomías [art. 161.1 letra a) CE].

La citada LGUM fue recurrida por el Parlamento de Cataluña, recurso de inconstitucionalidad que ha sido resuelto por la reciente STC (Pleno) 79/2017, 22.06. El Tribunal ha declarado inconstitucional la eficacia en todo el territorio nacional, sin ningún condicionamiento, de las autorizaciones e intervenciones de las autoridades

⁶ DOCE C364/11 de 18.12.2000, que entró en vigor con el Tratado de Lisboa.

⁷ Esta Carta ha sido reconocida por la Unión Europea, añadiendo que *tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados* (art. 6.1 TUE).

⁸ Como muchos otros en la CE se trata, y así lo ha confirmado la doctrina constitucional, de un derecho-libertad.

del lugar de origen para el ejercicio de actividades económicas o la comercialización de productos (arts. 19 y 20). Este criterio, desconocido en la propia Unión Europea, modifica sustancialmente el reparto de competencias entre el Estado y las Autonomías y promueve la competencia normativa (FFJJ 10–14).

La protección reforzada inherente a los derechos fundamentales en la CE determina que la hipotética colisión de la libertad de empresa con otros preceptos constitucionales que no reconozcan derechos y libertades fundamentales (v. *gr.*, la planificación económica conforme al art. 131.1 CE o la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales según el art. 128.2 CE), se resuelve como regla con la primacía de la libertad de empresa.

En el estudio de la libertad de empresa, en especial de su contenido esencial, nos permitimos distinguir tres aspectos o vertientes.

- 1°. Los presupuestos que posibilitan el ejercicio de la libertad de empresa que, parcialmente, hemos analizado cuando comentamos las nociones jurídicas de economía de mercado, competencia económica y economía social de mercado.
- 2°. Las facultades mínimas que hacen reconocible ese derecho-libertad conforme a la evolución de la cultura jurídica, esto es, el aludido *contenido esencial*. Desde la lejana STC 37/1981, 16.11, el Alto Tribunal acogió esta doctrina para los derechos y libertades fundamentales que resume con la expresión *un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer* (FJ 2).
- 3°. El ámbito subjetivo de protección, esto es, los sujetos de derecho titulares del derecho-libertad de empresa.

En las posibles dudas de interpretación acerca de estas vertientes de la libertad de empresa y su contenido esencial opera el principio *pro libertate* (art. 10 CE), más en el régimen de un derecho fundamental donde los límites legales deben ser restrictivos, proporcionales y fundamentados. Y, los límites legales que se impongan a la libertad de empresa, o las medidas que la afecten, deben respetar los principios constitucionales y de la Unión Europea: el de proporcionalidad, libertad privada, legalidad, necesidad, adecuación o el ejercicio en condiciones de igualdad; y, no pueden resultar límites o medidas arbitrarias, desproporcionadas o irracionales (SSTC 83/1984, 24.07 FJ 3 o 84/1993, 8.03 FJ 2).

5.2. Los presupuestos para el ejercicio de la libertad de empresa

1. – El contenido esencial de la libertad de empresa tiene como presupuesto –y, contenido mínimo, según veremos– la libertad de acceso al mercado. Como regla no puede prohibirse, como tal, el ejercicio por los ciudadanos de una actividad económica en forma empresarial (organizada, por cuenta propia y productiva, continuada u ocasional). En una economía social de mercado, vertebrada en torno a la defensa de la compe-

tencia económica y la unidad de mercado, las facultades de creación y de titularidad empresarial a los operadores económicos privados no pueden *ser impuestas* –dejar de ser libres para su activación o, en sentido contrario, libres para su cese– sin una justificación claramente razonable, esto es, dicha imposición es una potestad pública claramente excepcional y de interpretación restrictiva (DUQUE DOMÍNGUEZ, 1979). Los límites de la reserva de ley y del respeto al contenido esencial cobran especial rigor cuando se aplican a medidas que afectan al acceso al mercado por los ciudadanos.

2.– La doctrina mercantil ha destacado, con razón, que la economía de mercado como marco obligado de la libertad de empresa, la unidad de mercado y la defensa de la competencia económica, son presupuestos de su contenido esencial (FONT GALÁN, 1979 y 1987).

La competencia económica tutelada por la Unión Europea, que es la titular de la competencia exclusiva para establecer las “normas sobre competencia necesarias” para que funcione el mercado interior [art. 3.1 letra b) TFUE], y protegida por los Estados miembros, que no pueden menoscabar con su actuación o legislación esta competencia exclusiva de la Unión, es la competencia eficiente basada en la bondad o el mérito de las prestaciones empresariales propias. Se fomenta y protege la competencia apoyada en el propio esfuerzo de las iniciativas y prestaciones empresariales y profesionales en los mercados (PANIAGUA, 2017).

La jurisprudencia constitucional ha recibido estos nutrientes de la doctrina científica. La defensa de la competencia es, de una parte, un elemento definitorio del mercado y, de otra, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en nuestra economía de mercado. Sin la defensa de la competencia económica, la libertad de empresa y la economía de mercado se verían amenazadas por las tendencias naturales del mercado. La defensa de la competencia está ligada, asimismo, a la unidad del mercado nacional (SSTC 88/1986, 1.07 FJ 4 y 208/1999, 11.11 FJ 6). La consecuencia, y doctrina constitucional reiterada, es que la libertad de empresa, naturalmente unida a la unidad de mercado, deberá ejercitarse conforme a la normativa sobre la ordenación del mercado y de la actividad económica general (SSTC 83/1984 FJ 3, 84/1993 FJ 2 o 225/1993, 8.07 FJ 3).

3.– El último presupuesto del ejercicio de la libertad de empresa es la funcionalización de este derecho-libertad que actúa como un conjunto de habilitaciones para la intervención pública en favor del interés general (v. arts. 39–51 o 129 CE) y del valor jurídico y ético de la igualdad (arts. 1.1, 9.2 o 14 CE). Como tal habilitación pública su implementación (p. ej., la organización, los recursos o los plazos) corresponde a los distintos poderes ejecutivos (art. 97 CE).

El reconocimiento de la libertad de empresa es claro y rotundo en nuestra constitución. Pero esta libertad, como muchas otras en un Estado social, está limitada y funciona-

lizada por la propia Norma fundamental en orden a la satisfacción de determinados objetivos socioeconómicos. El propio art. 38 CE inserta la guía de que su ejercicio debe realizarse en armonía con las exigencias de la economía general y, si se realiza, con las necesidades de la planificación.

A lo largo del articulado de la Carta magna encontramos intereses generales o colectivos merecedores de protección y fomento en las relaciones económicas (v. gr., los trabajadores, las familias, los jóvenes, los disminuidos físicos o psíquicos, los consumidores y usuarios, las sociedades cooperativas, etc.) (arts. 39-51 y 129.2 CE). Asimismo, el constituyente insertó criterios, pautas o guías para la regulación y el ejercicio de la actividad económica (v. gr., la justa distribución de la renta, el fomento del empleo, la protección de la salud, el fomento de la cultura, la protección del medio ambiente, la ayuda y fomento de territorios o sectores económicos deprimidos o en crisis, la promoción de la agricultura, etc.) (arts. 39-51, 130 o 131 CE).

5.3. Las facultades mínimas de la libertad de empresa

El contenido esencial de la libertad de empresa fue ordenado, en fecha temprana, en torno a este conjunto de libertades (A. ROJO, 1983).

- 1º) La libertad de acceso al mercado en un régimen de competencia económica, lo que presupone el reconocimiento de otros derechos y libertades (como el derecho de propiedad, el derecho a la libre elección de profesión, el derecho a la libertad contractual, el derecho de asociación, el derecho a constituir sociedades, etc.).
- 2º) La libertad de decisión empresarial, en suma, libertad para dirigir la empresa, de nuevo en un régimen de competencia económica.
- 3º) La libertad de cesación en el mercado, esto es, de finalización en el ejercicio de la libertad de empresa.

En otros términos, el contenido esencial del derecho-libertad fundamental de empresa está integrado, como mínimo, por un conjunto de facultades que tutelan tanto el acceso al mercado como el ejercicio por cuenta propia de una actividad económica en forma empresarial. A saber, [i] la facultad para el inicio de las referidas actividades económicas; [ii] la facultad para la dirección de estas actividades económicas según los recursos disponibles y las condiciones del mercado; [iii] la facultad para el sostenimiento de dicha iniciativa económica; y, en su caso, [iv] la facultad de cese en el ejercicio de esa actividad económica (FONT GALÁN 1979 Y 1987, ROJO 1983, A. MENÉNDEZ 1985 o PANIAGUA 2017).

Se ha objetado a este planteamiento, tradicional, la ausencia de unos criterios concretos para proceder al estudio y resolución de los límites y las medidas razonables o, en su caso, de las intromisiones que vulneran en la libertad de empresa. A imitación del método casuístico empleado en estas tareas por el Tribunal Constitucional (*ad ex.*,

SSTC 225/1993, 35/2016, 3.03 o 89/2017, 4.07) se ha propuesto el análisis caso por caso de estas actuaciones públicas o, en su caso, privadas, a la luz los referidos principios constitucionales de proporcionalidad, adecuación constitucional, libertad privada, legalidad, necesidad o igualdad (PAZ-ARES y ALFARO, 2009).

Para el Tribunal Constitucional el contenido esencial de la libertad de empresa garantiza el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad económica, lo que está regulado por normas de distinto orden. Ha advertido que la concreta ordenación de las distintas actividades económicas no es una regulación de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE (SSTC 83/1984, 24.07 FJ 3, 84/1993, 8.03 FJ 2, 225/1993 FJ 3, 109/2003, 5.06 FFJJ 8 y 15, y 96/2005, 18.04 FJ 11). Por el contrario, las distintas empresas de un mismo sector deben estar sometidas a los mismos límites básicos en todo el territorio nacional.

En suma, cuando resuelve los recursos y las cuestiones de constitucionalidad, así como los conflictos de competencias, acerca de la vulneración o no del art. 38 CE, el Tribunal combina la noción tradicional de *contenido esencial* de la libertad de empresa; con los criterios o condiciones que legitiman la afectación del derecho-libertad de empresa, en especial, los principios de proporcionalidad, igualdad de trato, adecuación de las medidas a fines constitucionales legítimos, y la menor incidencia en la libertad protegida, sin que las medidas enjuiciadas conlleven una limitación que impida el ejercicio de la libertad de empresa (SSTC 35/2016 FFJJ 3-6 y 89/2017 FFJJ 14 y 15). Ir más allá, en palabras del Tribunal, supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, y su legítima opción política.

5.4. Los sujetos tutelados por la libertad de empresa

La libertad de empresa es un derecho-libertad de los ciudadanos o sujetos de derecho privado, que se ejercita en forma individual o de manera conjunta mediante agrupaciones voluntarias o negociales de personas, dotadas o no de personalidad jurídica (arts. 9.2, 22, 33, 34, 35 o 38 CE). La iniciativa económica pública, también reconocida (art. 128.2 CE), se ajustará a los principios generales (v. art. 103.1 CE) y a la legislación específica sobre las actuaciones de las administraciones y el sector público, sin que esté cobijada por la libertad de empresa conforme al art. 38 CE.

A los efectos del art. 38 CE el término "empresa" no prejuzga ni la forma jurídica para el desarrollo de una actividad económica en forma empresarial (*ad ex.*, empresario individual, sociedad, asociación, fundación, cotitularidad por cuotas u otros contratos organizativos o de servicios); ni se circunscribe o limita a las empresas lucrativas o dirigidas exclusiva o prevalentemente a la obtención de beneficios o ganancias repartibles (ROJO 1983, ARAGÓN 1996, PAZ-ARES y ALFARO 2009 o PANIAGUA 2011).

La CE no demanda ningún grado de complejidad o de duración en la organización de los factores productivos (*ad. ex.*, puede tratarse de una microempresa o de una

actividad económica ocasional). Ni condiciona la aplicación del art. 38 CE a la titularidad total o parcial de dichos factores o recursos, que pueden pertenecer a terceros.

En suma, la libertad de empresa se reconoce a los ciudadanos *sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte* (ARAGÓN, 1996). Y, como principio general, cualquier empresa, cualquiera que sea su 'constitución', puede operar en cualquier sector económico no reservado por ley al sector público (ROJO, 1983), sin perjuicio del establecimiento de límites legales.

Alguna doctrina ha planteado una extraña exégesis que limitaría el alcance del art. 38 CE a las empresas lucrativas o tradicionales capitalistas. Lo ha hecho al hilo de un par de sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional en materia de cajas de ahorros: la STC 49/1988, 22.03 FJ 12 y la STC 341/2005, 21.12 FJ 7. En realidad se trata de unas afirmaciones abiertas que no son soporte de fallo, no estamos ante jurisprudencia *stricto sensu*. Se han sostenido, siquiera como hipotéticas, estas dos conclusiones: 1º. El Tribunal acoge una noción restrictiva de empresa referida a la que obtiene ganancias y las reparte. 2º. Y, no todas las formas jurídicas de empresa están amparadas por el art. 38 CE. Pero, ¿el Alto Tribunal mantiene esta doctrina? La respuesta es negativa. Las aludidas afirmaciones se adentran en la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros (v. gr., su régimen de intervención administrativa, de participación o representación de intereses colectivos en sus órganos de gobierno, y la transcendencia económica de su actividad de intermediación en el crédito que conlleva importantes límites legales en su organización y funcionamiento). Lo demás son excursos jurídicos generales sobre, como dice Tribunal, *el concepto tradicional de empresa*, que no es otro que la empresa capitalista. Este concepto tradicional convive, en la propia Constitución, con las empresas privadas de la economía social que también son titulares del derecho-libertad de empresa (arts. 9.2, 22, 34 y 129.2 CE) (PANIAGUA, 2011 y 2017).

6. Referencias bibliográficas

ARAGÓN, M. (1996) Constitución económica y libertad de empresa, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, coordina J. L. Iglesias, Madrid, Civitas, 163-180.

ARROW, J. K. (1974, ed. 2014) *Elección social y valores individuales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. (1979) Constitución económica y Derecho mercantil, en *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa y Civitas, 63-110.

FONT GALÁN, J. I. (1979) "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978": *Revista de Derecho Mercantil*, nº 152, 205-239.

— (1987) *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos.

GARCÍA-PELAYO, M. (1977) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza.

- HAYEK, F. A. (2006) *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Madrid, Unión.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1985) "Constitución, sistema económico y Derecho mercantil": *Revista de Hacienda Pública Española*, nº 95, 47-77.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2011) *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Madrid, Marcial Pons.
- (2017) *Derecho Mercantil (Empresa. Empresario. Derecho de sociedades. Derecho preconcursal y concursal)*, Madrid, Iustel.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2009) Artículo 38, en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos M^o E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 980-1000.
- RAWLS, J. (2002, ed. 2011) *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia* (traducción M. A. RODILLA), Madrid, Tecnos.
- ROJO, A. (1983) "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española": *Revista de Derecho Mercantil*, nn. 169-170, 309-344.
- SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (1993) *Economía* (traducción E. RABASCO y L. TOHARIA), Madrid, McGraw-Hill.
- SMITH, A. (1776, ed. 2011) *Una indagación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza.