

DOS LECTURAS SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA (*)

IGNACIO TORRES MURO

I

El ejercicio, a veces muy complicado, de elaborar una tesis doctoral, puede dar lugar, si se realiza concienzudamente, a la preparación de un texto susceptible de publicarse, y que constituya una aportación interesante a la ciencia.

Debo confesar que no soy muy partidario de exigir, en este punto de la carrera académica de una persona, un esfuerzo ímprobo, y una calidad que difícilmente puede alcanzar quien se inicia en la misma, y en ese sentido soy más proclive al sistema alemán, en el que el do de pecho se da en el escrito de habilitación, tras el que se alcanza la condición de profesor, y no en una tesis que puede ser muy buena en casos excepcionales (como los de Häberle, Bockenförde, o Alexy) pero que normalmente es un trabajo simplemente digno, en el que se muestran algunas habilidades.

Esto no es lo que sucede en España, y hay profesores, como Manuel Aragón en el prólogo al libro de Antonio Cidoncha que vamos a comentar, que defienden poco menos que la tesis doctoral ha de ser el trabajo más importante de la carrera académica. Creo que así se somete a los doctorandos a una presión innecesaria, pues me parece que cuando hay que ponerse muy serios es cuando

(*) Un comentario a A. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006, 412 págs.; e I. GARCÍA VITORIA, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 325 págs.

se les va a otorgar un puesto de profesor, que es el momento en el que su vinculación con la Universidad se va a hacer más o menos permanente.

Es cierto que el actual sistema de acreditaciones diluye, en muchos casos, lo que era la discusión de un ejercicio de habilitación con el tribunal correspondiente, pero creemos que la *venia docendi*, más o menos definitiva, debe alcanzarse, sea cual sea el sistema que se aplique, tras haber producido al menos otro trabajo de envergadura después de la tesis doctoral.

Vienen estas reflexiones a cuento porque los libros objeto de esta recensión son producto de tesis doctorales, y un buen producto en ambos casos. En los dos sus autores han hecho bien sus deberes, y han realizado unas obras muy dignas. Desde luego, correctamente premiadas con su publicación. Son una prueba de que quienes están elaborando tesis se mantienen en primera línea de las investigaciones de Derecho constitucional en España, y es de celebrar que, pese a las serias dificultades que la dedicación a la Universidad presenta ahora para los investigadores jóvenes, sigan apareciendo trabajos de mérito como los que van a ser comentados aquí.

Los dos estudios abordan el mismo tema —el de la libertad de empresa— y creo que no exagero si digo que, inmediatamente después de su publicación, se han convertido en los libros básicos en castellano para avanzar en el análisis del mismo. Como veremos inmediatamente, se complementan, de modo que, con la lectura de ambos, se hace una idea general de los problemas que rodean a tan controvertida institución. Pero conviene que, tras estos comentarios generales, nos centremos en la tarea de dar cuenta del contenido de los mismos.

II

El primero del que nos vamos a ocupar es el que se publicó antes: el de Antonio Cidoncha. Dicha obra se abre, en su presentación, con dos afirmaciones valientes: la de que «la libertad de empresa es un derecho fundamental como los demás» (pág. 26) y la que nuestra norma fundamental «ha constitucionalizado un sistema económico determinado —el capitalismo de mercado—» (pág. 26). Enseguida, en el capítulo primero, se aborda la historia de la libertad de empresa —en el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social, y el proceso constituyente— y el derecho comparado (países de la UE), en el que «el enunciado del artículo 38 CE no tiene igual» (pág. 40), con unas reflexiones sobre el presente (recuérdese que al autor escribe en 2006, antes de la actual crisis) en el sentido de que «el orden económico constitucional está escorado hacia la libertad de empresa y hacia el mercado» (pág. 49).

En el capítulo segundo, el objeto de análisis es el concepto económico de «economía de mercado», de la que se destacan sus tres condiciones: «propiedad privada, libre iniciativa económica privada, y mercado» (pág. 67), y que se considera identificada con el capitalismo de mercado, «el único marco constitucional posible» (pág. 72) a la vista de la Constitución misma.

Carga seguidamente Cidoncha contra la noción de Constitución económica, que considera «perturbadora si se emplea en sentido prescriptivo y superflua si se emplea en sentido descriptivo» (pág. 75). En sentido prescriptivo fuerte «esto es, en cuanto decisión fundamental no sólo sobre el sistema económico sino sobre la política económica, no tiene cabida en nuestro orden constitucional», y en su «significado prescriptivo débil... en cuanto decisión fundamental sólo sobre el sistema económico, pierde todo su sentido en una Constitución como la nuestra, que expresamente contiene una decisión fundamental al respecto...» (pág. 81). En cuanto al descriptivo, decir que hay una Constitución económica «tiene sólo valor didáctico» (pág. 82), y quizás fuese mejor utilizar la expresión Orden constitucional económico.

Repasa a continuación la «amalgama un tanto caótica» (pág. 84) que forman las disposiciones constitucionales en materia económica y las controvertidas nociones de Estado social, que es «un Estado intervencionista, pero que interviene en pro de un objetivo determinado, procurar una mayor igualdad social» (pág. 90), y de Estado autonómico, basado en estas materias en la unidad de mercado y en la unidad de la política económica. Ante la pregunta de que tipo de economía se constitucionaliza, ofrece el autor una reflexión equilibrada en el sentido de que «la economía de mercado que protege el constituyente no tiene rótulo, admite distintas versiones... pero con dos limitaciones: ni cabe una economía pura de mercado, porque la cláusula de Estado social lo impide, ni cabe una economía enteramente dirigida, porque la misma garantía de la economía de mercado lo impide» (pág. 117).

El capítulo tercero de la obra se dedica al mercado, y allí se reconoce que «no existe una configuración concreta de cada mercado impuesta por el constituyente, pues esto es algo que defiere al legislador» (pág. 139), y que el intercambio libre a través del mecanismo de los precios, la libertad de acceso, y la competencia, son los elementos del mismo. La garantía constitucional del instituto mercado aparece para Cidoncha como una garantía complementaria de la de libertad de empresa. Analiza a continuación la unidad de mercado y el juego de los artículos 139.1 y 2 de la CE, y la dimensión comunitaria del problema porque «la regulación pública de o sobre el mercado español está sujeta no sólo a límites constitucionales internos, sino también a límites “constitucio-

nales“ externos, derivados de la integración de ese mercado en el comunitario» (pág. 174).

La naturaleza de la libertad de empresa ocupa al autor en el siguiente capítulo de su libro, en el que razona que el artículo 38 CE consagra un derecho fundamental de los que vinculan al legislador; se trata además de un derecho subjetivo, heredero de la vieja libertad de comercio e industria. Estudia a continuación su sujeto, su objeto y su contenido, y defiende que no estamos ante una garantía institucional. Se trata de «un derecho de libertad... (de modo que)... su configuración concreta se deja en manos de sus titulares y... su ejercicio reclama de los poderes públicos una obligación de abstención» (pág. 206), que se conecta con la libre elección de profesión, el derecho de propiedad y el derecho de asociación.

El ámbito de la libertad de empresa es el objeto del capítulo V. Allí se analizan, en el aspecto subjetivo, las nociones de empresa y empresario, junto a los problemas de titularidad de los extranjeros (en general y comunitarios) y de la empresa pública, y los del sujeto pasivo de la libertad. En el aspecto objetivo el objeto la misma, y los matices de las empresas educativas y las empresas informativas.

Al contenido esencial de la libertad de empresa se dedica el capítulo VI, con extensas referencias a las decisiones del Tribunal Constitucional, y a la doctrina, para acabar Cidoncha fijando la posición propia tanto en cuanto a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (págs. 288 y sigs.), como con referencia a la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa (págs. 307 y sigs.), identificado (pág. 314) con la libertad de iniciar actividades empresariales y no ser obligado a ello, derecho a sostener en libertad la actividad empresarial (autonomía de planificación y organización, libertad de contratación y derecho al beneficio), y libertad de cesar en la actividad empresarial, y no ser obligado a continuar. Como excepciones, constitucionalmente previstas, a la regla del respeto a ese contenido esencial, se refiere el autor a la intervención de empresas, la reserva de recursos o servicios esenciales, y la planificación.

Otros aspectos de la libertad de empresa es el título del capítulo VII, en el que se analiza primero la relación de ésta con la reserva de ley, y con el juez, y la dimensión objetiva de la norma de la libertad de empresa. El libro se cierra con un útil capítulo de conclusiones que resume las tesis del mismo, destacando sus palabras finales en el sentido de que «el Estado que nos dimos los españoles en 1978 es un Estado Social. Y ese Estado social que nos dimos no sólo es un Estado asistencial o de pura beneficencia, sino un Estado comprometido con la igualdad real o, mejor aún, con la libertad e igualdad reales. A la postre, de

lo que se trata —como siempre— es de buscar el equilibrio entre libertad e igualdad. Sobre este equilibrio se asienta nuestro entero sistema constitucional» (pág. 398).

III

El libro de Ignacio García Vitoria —con ese título inspirado en la recuperación por Rodotá de un famoso pasaje de Beccaria sobre el derecho de propiedad— aborda también el tema, como sabemos, de la libertad de empresa, si bien lo hace desde una perspectiva diferente, y en algunos casos complementaria, de la del de Antonio Cidoncha, sobre cuyo contenido ya nos hemos extendido.

Se abre con una introducción sobre el objeto la obra, y su enfoque metodológico. En ella se parte de que «el mercado y el Estado son realidades complementarias y no antagónicas» (pág. 1) y de que «al mercado no le vale cualquier forma política, sino que necesita al Estado constitucional» (pág. 2). El autor llama también la atención sobre la necesidad de integrar siempre en el análisis de esta libertad la dimensión comunitaria, pues se trata de resaltar «la relación bidireccional entre el Derecho Europeo y el Derecho Constitucional» (pág. 12). Asimismo propugna una necesaria interpretación cultural de la libertad de empresa, basada en su reconstrucción histórica, en la ayuda de la economía, y en el recurso al Derecho comparado.

El capítulo primero se dedica a hacer una aproximación al contenido esencial de nuestra ya querida libertad a través de la historia, remontándose al Antiguo Régimen y la Edad Moderna, pues, para el autor, «la primera etapa de la formación histórica de la libertad de empresa transcurre antes del nacimiento del Constitucionalismo» (pág. 21). Centrándose en la realidad española, estudia las responsabilidades públicas en el desarrollo del mercado, los sectores excluidos de la libre iniciativa privada, y la regulación de la actividad industrial y comercial. Dedicado todo un apartado a la libertad económica en el programa de reformas de los ilustrados, destacando que el pensamiento de éstos «contribuyó decisivamente a forjar el fundamento de las libertades de industria y comercio» (pág. 33), para luego abordar el tránsito del antiguo Régimen al Estado liberal con la constitucionalización de las libertades económicas, la transformación del sistema, la relación entre la libertad de industria y los controles gremiales —en un estado de cosas en el que «la libertad de comercio e industria fue afirmándose progresivamente... mediante decisiones del Gobierno» (pág. 52)— y el fin del sistema tradicional de abastos.

El siguiente paso es el que denomina el autor «cénit del Estado liberal» con el reconocimiento constitucional expreso de la libertad de industria y comercio, en tanto que derecho fundamental, y límite a la intervención pública. Importancia tuvo la industrialización, la época de los grandes negocios, la cuestión social y el llamado auge del intervencionismo, materias en las que García Vitoria se abre en su análisis a otras realidades nacionales, preferentemente la norteamericana. El período de entreguerras es abordado a continuación, con la inclusión de obligaciones sociales en el contenido del derecho, y la época del New Deal en los Estados Unidos. La revisión histórica continúa con el estudio de las libertades económicas tras la II Guerra Mundial, entendidas como parámetro de constitucionalidad, y la situación española bajo la dictadura, con el cambio que supuso la aprobación de la CE, y su artículo 38.

Sobre todo este amplio repaso histórico se recapitula en las páginas 97 y sigs., tratando de reflexionar acerca de la imagen previa de la libertad que hemos recibido. En primer término, se afirma que la «libertad de empresa posee un sólido fundamento constitucional» y que «pertenece al grupo de derechos y libertades reconocidos de manera constante a lo largo del Constitucionalismo» (pág. 97), además de tener «una fuerte apariencia de “fundamentalidad”» (pág. 98), debiendo relativizarse el hecho de que su desarrollo no deba ser por Ley orgánica, no precise para su reforma de que se siga la vía del artículo 168 y CE, y no sea recurrible en amparo, de modo que el autor «asume la propuesta de especular sobre este derecho desde la teoría general de los derechos fundamentales» (pág. 101).

La libertad de empresa es «un importante instrumento respecto al libre desarrollo de la personalidad» (pág. 101), «una pieza clave para el crecimiento económico y el bienestar colectivo» (pág. 102), dotada de utilidad social, «incompatible con la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos y la inseguridad jurídica» (pág. 102), y relacionada intensamente con la igualdad. Se trata de una libertad que «establece un mandato dirigido a los poderes públicos para eliminar las trabas que impiden el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada» (pág. 103), y de una libertad relativa, «un derecho que dista mucho de ser absoluto y que ha de ser modulado atendiendo a otros valores y principios» (pág. 104), porque «no existe una contradicción esencial entre la libertad de empresa y la intervención pública» (pág. 104). El mismo desarrolla una vida paralela con el derecho de propiedad, con el que está «íntimamente entrelazado» (pág. 106), y es «un derecho complejo y en continua evolución, lo que anuncia que el análisis de su eficacia jurídica exigirá tener en cuenta diversas variables y que su grado de intangibilidad no será uniforme» (pág. 109).

La titularidad del derecho es el objeto del capítulo II del libro en el que se destaca «su carácter instrumental respecto al libre desarrollo de la personalidad» (pág. 111) y que, en cuanto a los empresarios individuales «resulta coherente, desde una interpretación conjunta de los artículos 10.1 y 38 CE, exigir una argumentación reforzada para justificar las restricciones al ejercicio del comercio por parte de los individuos» (pág. 112), y en cuanto a las personas jurídicas que «la conexión con el libre desarrollo de la personalidad es lejana y la posibilidad de afectar a los intereses de la comunidad es mayor cuando esta libertad es ejercida por grandes sociedades por acciones, lo que amplía el margen de configuración del legislador» (pág. 125). Por lo que respecta a los extranjeros se entiende que son titulares del derecho, estudiándose el mercado común como marco de referencia, y la internacionalización de los mercados. La empresa pública también se analiza en este apartado, concluyendo que la misma no es titular «de un derecho subjetivo a la libertad de empresa» (pág. 138).

En el capítulo III se estudia el objeto del derecho, empezando con unas precisiones terminológicas sobre la libertad de industria y comercio, la libre iniciativa económica y la libertad de empresa. Tras las mismas García Vitoria se lanza en busca de un concepto de empresa constitucionalmente adecuado, con estudio de la pertinente jurisprudencia constitucional, y la constatación de que en Derecho mercantil «no existe una definición generalmente aceptada» (pág. 144), adquiriendo especial relevancia «la relación entre empresa y mercado» (pág. 146). Examina algunos casos particulares como el ejercicio de las profesiones liberales, y recuerda el carácter subsidiario de la libertad de empresa respecto de otros derechos en los casos de la creación de centros docentes, los medios de comunicación, o las empresas agrarias. Con igual detalle se estudian los problemas que plantean como objeto de la libertad de empresa los bienes inalienables, los servicios de interés general (servicios de naturaleza económica y no económica), los reservados al Estado, los públicos, y las oficinas de farmacia (STC 83/1984, de 24 de julio). De todo ello se deduce que «la configuración legal del contenido de la libertad de empresa varía notablemente dependiendo del tipo de actividad que constituya su objeto» (pág. 172).

La libertad de empresa y la defensa de la competencia es el asunto del capítulo IV en el que se afirma «la igualdad de oportunidades en la iniciativa privada como límite estructural a la libertad de empresa... reflejo del paradigma de la economía de mercado» (pág. 178), y que no sólo hay que levantar barreras frente a la intervención pública, sino también «proteger la iniciativa privada frente a las conductas anticompetitivas del poder económico» (pág. 184). Conoce el principio excepciones que deben tener una finalidad legítima, ponderándose, además, los efectos restrictivos de la competencia (pág. 186).

El contenido del derecho y sus límites son el objeto de análisis en el capítulo V y último, que se abre con unas reflexiones sobre el primer aspecto en las que se afirma que la CE «establece... un principio jurídico flexible más que una regla concreta, precisa y cerrada» (pág. 193), y que la libertad de empresa «desempeña una función propia e independiente del derecho de propiedad» (pág. 198). Aborda luego los límites con el papel central de la legislación en la configuración del contenido de la libertad, la definición de la utilidad social, las exigencias de la economía general o interés general como decisiones que forman parte del «núcleo de la tarea de dirección política» (pág. 200), la problemática de la intervención de empresas, y los límites a la libertad en el Estado autonómico. Continúa con el estudio de la potestad reglamentaria y la regulación del derecho, considerando «imprescindible» el ejercicio de aquélla (pág. 212), pero marcando los problemas respecto a la reserva de ley. Analiza luego la igualdad en el ejercicio de la libertad (igualdad en la ley; protección de los intereses individuales o de grupo; condiciones básicas en el ejercicio de la libertad de empresa). Se estudian seguidamente los límites materiales a la configuración legal del contenido, con el control de la proporcionalidad de la ley, y la sugerente tesis de que, contra lo que dice el Tribunal Constitucional, las dudas que suscita la categoría de garantía institucional «llevan a descartar su uso en relación con la libertad de empresa» (pág. 245), así como la dicotomía entre el inicio y el desarrollo de la actividad, los problemas de la limitación del número de empresas en el mercado, la libre circulación de mercancías y servicios, y la reflexión de que «existen distintos niveles de garantía dentro del contenido de la libertad de empresa» (pág. 266), que lleva a defender «un control más estricto de la constitucionalidad de las barreras de acceso al mercado y de los obstáculos a la libertad de establecimiento» (pág. 270). Todo el análisis se apoya adecuadamente en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El libro se cierra con unas conclusiones que resumen sus tesis principales.

IV

Dada cuenta, con notable injusticia por evidentes razones de espacio, del rico contenido de las dos obras objeto de este comentario, podemos pasar a hacer unas reflexiones, necesariamente generales, sobre el tema abordado por ellas, y sobre cómo han resuelto los autores la difícil tarea de condensar en un libro toda la compleja problemática que plantea la libertad de empresa.

Debemos partir de la base de que nos hallamos ante una realidad polémica, sobre todo por la desconfianza con la que desde la izquierda clásica, también la constitucionalista, se ha visto el reconocimiento de este derecho fundamental/garantía institucional. Al capitalismo de mercado no le han faltado críticos, que han reaparecido en la actual coyuntura, y esos críticos siempre se opusieron al reconocimiento en las constituciones, con el máximo rango, tanto del derecho a la propiedad, como de la libertad de empresa. En España consiguieron, en el proceso constituyente, sacar los mismos de la famosa sección primera del capítulo II, del Título Primero, en la que, como se sabe, se recogen los derechos dotados de una mayor protección, los denominados «derechos fundamentales y libertades públicas». Pero esto, que ha limitado su juego, no ha supuesto, sin embargo, que se haya anulado totalmente el mismo, pues aunque falten para estos derechos instrumentos importantes, como el recurso de amparo, se han podido utilizar otros para intentar defenderlos frente a la acción, a veces desnortada, de los poderes del Estado. Esto ha hecho que nos encontremos con una jurisprudencia constitucional, si no muy abundante, como sucede en otros casos, sí suficiente para marcar unas líneas generales de respuesta a aquélla.

Si algo caracteriza a los libros de ambos autores es que, ante esta realidad, no dudan en destacar la importancia de la libertad de empresa, su «fundamentalidad» para el sistema en su conjunto, y en ello no podemos sino estar totalmente de acuerdo. Independientemente de que la misma se module según las necesidades de cada momento, y respetando los superiores intereses que puedan concurrir, está claro que nos hallamos ante una de las bases de todo Estado constitucional que merezca tal nombre, y que negar su importancia nos sitúa en otros sistemas, no precisamente democráticos, y en los que el reconocimiento de libertades no es más que una farsa que oculta situaciones autoritarias.

Este derecho es precisamente «terrible» porque forma parte del núcleo de los entramados liberal-democráticos, que, con mayor o menor fortuna, florecen en Occidente, en los que la economía de mercado, adjetivada como se quiera, es la base de los mismos. De modo que no creemos que la alta valoración que a la libertad de empresa se le da en los dos libros sea exagerada, o producto de la lógica necesidad del doctorando de enaltecer su objeto de estudio. No es así. Tras la lectura de los mismos se comprende perfectamente que de un derecho fundamental estamos hablando, independientemente de su ubicación en el texto de la norma suprema.

Reafirmada su importancia, la segunda reflexión sobre la libertad de empresa es que trata de un tema muy difícil de tratar dogmáticamente, lo que nos da una idea del evidente mérito de los dos libros que comentamos. En él se entremezclan asuntos tan complicados, y polémicos, como la diferenciación entre

derecho fundamental y garantía institucional, los límites de los derechos fundamentales, su titularidad, etc. Las respuestas a los mismos en las obras objeto de esta recensión ya han sido apuntadas, de modo que no nos queda sino afirmar que hay que ser especialmente valiente, cuando uno está en la inestable posición de doctorando, para abordar estas materias, y que hacerlo con éxito, como es el caso, es una prueba de que se posee un grado de madurez singularmente alto. En pocos institutos jurídicos están tan claramente reflejados los conflictos básicos del derecho constitucional, y los delicados equilibrios con los que se intenta superarlos. Está claro, por ejemplo, que la conexión entre plena libertad económica e intervención pública, que no podrá considerarse nunca como definitivamente resuelta, tiene mucho que decir en este campo. Por no hablar sobre los problemas que aquí plantea la descentralización del Estado, abordada hace ya muchos años en nuestro país, pero que no parece que vaya a alcanzar nunca una situación de estabilidad.

Podríamos seguir enumerando asuntos igualmente importantes, pero creemos necesario cerrar ya esta recensión volviendo a las ideas que hemos expresado a lo largo de toda ella. Nos encontramos ante dos ejemplos de buenas tesis doctorales, que han dado lugar a excelentes publicaciones sobre un tema no precisamente menor de nuestro derecho constitucional, y que merecía un tratamiento tan detallado como el que aquí se le da. Ambos libros son una prueba fehaciente de que los doctorandos españoles han alcanzado, en general, un nivel muy digno, y que puede considerárseles como las personas que están realizando los esfuerzos más intensos en el análisis de nuestras instituciones constitucionales. Sólo nos queda felicitarnos por ello y hacer votos por que, en los casos que hemos visto aquí, y en otros, no se trate de la última obra ambiciosa de su carrera académica, y podamos contar con nuevas aportaciones de los profesores Cidoncha y García Vitoria, que estén, por lo menos, a la altura alcanzada por las obras que hemos tenido la ocasión de comentar.