

## **DISTRIBUCIÓN COMERCIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA**

**Juan Fernández Baños. Área de Derecho Procesal DJV Abogados  
2011.**

### **Introducción**

La Constitución española ha estructurado el Estado en diferentes niveles caracterizados por diferentes grados de autonomía política y administrativa, lo cual ha propiciado una administración en la que confluyen diferentes tipos de entes con diversas competencias. Esta complejidad que afecta a los distintos poderes del Estado, incide de manera decisiva en el poder legislativo. En este sentido, se ha de tener en cuenta que la distribución comercial es una actividad que comprende diversas operaciones propias del tráfico jurídico y, por tanto, diferentes ramas del Derecho y diferentes potestades legislativas que, confluyendo en torno a la materia con mayor o menor incidencia, se entrelazan para regular diferentes aspectos de la misma.

La problemática que suscita la licencia comercial específica en el sector de la distribución comercial en España, consagrada por el antiguo Artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista del año 1996, y más concretamente en relación a las grandes empresas y multinacionales del sector, ha venido centrándose en la valoración acerca de si tales restricciones, implícitas en la técnica autorizatoria empleada, eran o con contrarias al derecho a la libertad de empresa recogido en el Artículo 38 de nuestra Constitución.

El planteamiento se ha estancado en los postulados tradicionales de la libertad de empresa, cuando la misma ha experimentado una revolución copernicana por el efecto de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de la Unión (hoy día Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios han dinamizado y mutado la naturaleza de este derecho fundamental, desarrollando en el ámbito comunitario gran parte del contenido de la tradicional libertad de empresa en un marco moderno y transnacional que ha tenido una honda repercusión en la ordenación de la actividad económica, en general, y en la empresarial en particular. Por este motivo, consideramos que sería innovador y mucho más adecuado a los tiempos actuales centrarnos en el Derecho comunitario europeo, en concreto en las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

No deja de ser paradójico que, mientras que por un lado España se encuentra incardinada en el proceso de construcción de un mercado único europeo para lo cual es necesario sustraer competencias estatales tradicionales (tales como la emisión de moneda o la política arancelaria), por otra parte quiera circunscribirse la problemática únicamente al plano interno. Dicho planteamiento no puede ser sino una *contradictio in terminis*, en tanto que los conceptos de integración económica y “autarquía jurídica” son desde un punto de vista lógico incompatibles.

Con el fin de ilustrar tales planteamientos recogemos las principales dificultades doctrinales y jurisprudenciales a la hora de configurar los derechos de libertad de establecimiento, libertad de empresa y prestación de servicios en el plano estatal, así como la solución a los mismos que pasa por el hecho de reconocer efectivamente el efecto directo y primacía del que podríamos denominar a efectos instrumentales derecho administrativo económico europeo.

### **Origen y evolución del principio de libertad de empresa.**

La Constitución española consagra en su Artículo 38 el derecho a la libertad de empresa con el tenor siguiente:

*“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”.*

El origen del derecho a la libertad de empresa se encontraría, tal y como ha señalado MARTÍN RETORTILLO, en la libertad de comercio e industria del Estado de Derecho liberal del siglo XIX, más concretamente a juicio del citado autor en la Constitución de Cádiz de 1812 y los posteriores Decretos de 8 de junio de 1813. En España tal reconocimiento por parte del Estado liberal puede situarse hacia 1840. En efecto, las Cortes de Cádiz se limitaron a aprobar la libertad de establecimiento de fábricas, mediante dos Decretos fundamentales que abolieron la obligatoriedad de agremiación para poder ejercer un oficio, uno del año 1834 y otro de 1836. En ese año 1836, tras el movimiento juntista de ese año, el Gobierno volvió a poner en vigor el decreto de las Cortes de Cádiz que consagraba la libertad de industria. De ahí que hacia 1840 (aunque quedaban restos de las viejas instituciones del Antiguo Régimen) podamos decir que en España se había iniciado el proceso de transición hacia una economía de mercado.

La libertad de industria y comercio del Estado liberal, caracterizada por su marcado carácter individualista, irá evolucionando, al igual que el propio Estado de derecho, hacia una configuración como derecho subjetivo limitado por las razones y exigencias del interés general. Dicho tránsito de su reconocimiento como derecho absoluto a su plasmación como derecho sometido a límites, se opera como fruto de la transformación del Estado liberal de Derecho, caracterizado por ser un Estado abstencionista y gendarme, en un Estado social y democrático de Derecho. El carácter social del Estado es el que justifica en último término los cambios operados y sufridos por los derechos de carácter económico y patrimonial, al operar una profunda transformación del contenido y significado de las clásicas libertades burguesas y, entre ellas, de la libertad económica de empresa. Debemos tener presente que la libertad de empresa no constituye un supuesto singular, sino que lo mismo podemos decir del derecho a la propiedad privada, que ha pasado de ser un derecho absoluto (basado en el aforismo latino de que el propietario del terreno lo es hacia arriba hasta el cielo y hacia abajo hasta el infinito) a estar limitado en base a la función social que la propiedad lleva asignada. En este sentido se encuentran limitaciones tales como las derivadas de los regímenes de propiedad horizontal, en los que el propietario no puede hacer cuanto se le antoje, sino que debe respetar unas reglas mínimas de convivencia fijadas por la Comunidad. Lo mismo puede predicarse de las intervenciones administrativas en la propiedad, cuya manifestación última radica en la expropiación forzosa, tales como la supeditación a la obtención de licencias y autorizaciones administrativas para la explotación minera, las distintas servidumbres administrativas... La alusión a la análoga limitación del derecho a la propiedad privada en nuestro ordenamiento no es aleatoria, sino que su razón de ser estriba en el hecho de que en nuestro país la configuración de la naturaleza y límites de la libertad de empresa se ha venido haciendo al hilo del derecho a la propiedad privada.

**Las distintas variantes del derecho a la libertad de empresa: derecho subjetivo, derecho objetivo y garantía institucional.**

Dicha transformación de los derechos fundamentales de contenido económico, ha llevado (entre otras cosas) a que en algunos países, como ha sido el caso de España sobre todo durante los años 80, se haya llegado a cuestionar si el derecho a la libertad empresa, y los derechos económicos en general, pueden ser caracterizados como verdaderos derechos subjetivos. Dicha corriente doctrinal se afaná, y aún afana, en superar la tradicional concepción liberal de los derechos de contenido económico, buscando profundizar en el desarrollo del principio de Estado social en relación con los mismos.

En el Estado liberal se entendían los derechos de contenido económico con un carácter reaccional frente al Estado, intentado preservarlos como una esfera de libertad del individuo fundamento último del pacto social que el aparato estatal encarna, de forma que, siguiendo a las teorías contractualistas (Locke, Hobbes...), derechos tales como la libertad de empresa o la propiedad privada tendrían una naturaleza y contenido preexistentes al surgimiento del Estado y de la sociedad mismas.

Por el contrario, en el Estado social ya no se considera al individuo con un carácter aislado, sino como parte integrante de la sociedad. Asimismo el Estado ya no se entiende como ese Leviatán hobbesiano que implica en sí mismo una amenaza, sino que pasa a entenderse como una especie de figura maternal un instrumento al servicio de la sociedad, y no un peligro para la misma cuyos poderes deben ser limitados en la medida de lo posible en un intento por evitar que la creación humana que el Estado entraña termine por acabar con el individuo mismo.

El resultado de cuanto hemos dicho pasa, como ha señalado ALONSO UREBA, por subrayar el carácter social del Estado en cuanto principio jurídico, trasladando la relación de tensión entre libertad y Estado social al fundamento mismo de los derechos de libertad económica. De esta forma, el fundamento de tales derechos económicos ya no sería único, dejando de ser la utilidad social un elemento ajeno y negativo para ser, junto a la individual, un componente propio de los derechos fundamentales de propiedad y libre empresa. El Tribunal Constitucional ha aceptado esta tesis del cofundamento de los derechos constitucionales de contenido económico, y lo ha hecho en relación con el derecho a la propiedad privada del Artículo 33 de la Constitución. Así en la STC 37/1987, señala el alto Tribunal que la propiedad se configura *como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos en atención a valores o intereses de la colectividad...* de forma que no cabría entender la función social o utilidad de tales derechos económicos *como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.*

Por el contrario, y pese a haber aceptado dicha teoría del cofundamento de los derechos de libertad económicos, el Tribunal Constitucional no ha seguido la corriente doctrinal que postulaba la desaparición de la concepción de tales derechos como derechos subjetivos. Sin embargo, tal y como señala L. ARROYO JIMÉNEZ, ha llegado, utilizando estrategias interpretativas paralelas, al mismo resultado. Y lo ha hecho en Sentencias como la 83/1984 de 24 de julio (FJ 3º) o la 225/1993 de 8 de julio (También en su fundamento jurídico tercero), así como la 227/1993 (FJ 4º). En la segunda de las sentencias citadas, precisamente al hilo de la materia que nos ocupa al tratarse de la limitación de los horarios de las grandes superficies comerciales en la legislación

valenciana, el Tribunal Constitucional señala que el carácter institucional del derecho a la libertad de empresa predomina frente a su vertiente de carácter individual. Al hilo de sentencias como ésta, señala VILLAREJO GALENDE, que el problema se deriva de que en algunas sentencias la vertiente objetiva se transforma en una dimensión institucional, transformación que encierra un importante riesgo, que no es otro que la disolución de la vertiente individual de los derechos de contenido económico en la nebulosa de lo considerado por el constitucional como institución, vertiente institucional que hace que tales derechos sean mucho más aptos para ser regulados e intervenidos. Para poder posicionarnos al respecto es necesario analizar con mayor detenimiento esta postura del Tribunal Constitucional que caracteriza la garantía institucional como nota predominante de la libertad de empresa.

El origen y desarrollo de la garantía institucional se sitúa, como señala GARCÍA ALCORTA, en la doctrina jurídica alemana surgida de la época de Weimar, especialmente en el pensamiento de CARL SCHMITT. Sobre la base de que la Constitución de Weimar era una constitución liberal-burguesa, dicho autor entiende los derechos fundamentales exclusivamente como derechos de libertad individual de las personas. Señala además que, junto a esa vertiente individual, existen unas garantías que basadas en la experiencia histórica han encontrado recepción en la Constitución (tales como la autonomía local, el matrimonio, la función pública...), de forma tal que el núcleo histórico (contenido esencial) objeto de protección de dichas garantías debe estar asegurado frente a su vaciamiento o supresión por el legislador. A continuación SCHMITT traza la diferencia entre garantías jurídico-privadas y garantías de las instituciones jurídico-públicas. De esta forma, la garantía institucional trazada por el citado autor se concretaría en una forma de vinculación de la ley al contenido nuclear de la institución jurídica concreta recogida en la Constitución.

El desarrollo ulterior que la doctrina alemana ha hecho de las garantías institucionales, se concreta en entender que frente a los derechos fundamentales, que como derechos subjetivos representan básicamente para sus titulares derechos reaccionales frente a las injerencias del poder público, las garantías institucionales aseguran, por el contrario, la continuidad histórica de determinados fundamentos del orden social, en particular de determinadas estructuras estatales o sociales.

En base a dicha contraposición entre los derechos fundamentales como derechos subjetivos por una parte, y las garantías institucionales por otra, hacemos enteramente nuestra la observación hecha al respecto por GARCÍA ALCORTA cuando entiende que:

*“Considerar la libertad de empresa como una garantía institucional, tal y como ha sido identificada en su origen, es una idea que sin embargo no puede ser asumida. Y ello, en primer lugar porque esta caracterización resulta hoy día, en nuestro sistema constitucional, innecesaria. El legislador ya se encuentra vinculado en la actualidad a este derecho fundamental, no sólo en su contenido nuclear (contenido esencial), sino en todo su ámbito de garantía (Art. 9.1 CE). Falta por tanto aquella premisa sobre la que se apoya la garantía institucional y según la cual no existe una protección jurídico-subjetiva de este derecho fundamental frente a su privación por el legislador. Considerar a la libertad de empresa como una garantía institucional es por consiguiente innecesario.*

*Pero además, en segundo lugar, si el sentido de la garantía institucional es el de proteger el contenido que ha sido atribuido históricamente a determinadas instituciones, lo que resulta sin embargo de nuestra Constitución y de nuestro catálogo de derechos fundamentales es que no parece posible derivar de ambos ningún apoyo sobre el cual sostener que la normativa infraconstitucional pueda fijar siempre un contenido nuclear determinado por la tradición. Obsérvese a este respecto que nuestro Tribunal Constitucional evita este problema desconectando de la figura de la garantía institucional el contenido tradicional de la institución salvaguardada, cuando afirma que aquélla no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (en alusión a las SSTC 32/1981 de 28 de julio FJ 3º y 16/2003 de 30 de enero FJ 8º).*

*En fin, en tercer y último lugar, la libertad de empresa es, en cuanto derecho fundamental de libertad, un principio o valor objetivo para todo el ordenamiento, del cual se deriva para los poderes públicos la obligación positiva de contribuir a la efectividad del derecho y de los valores que representa... Semejante caracterización resta entonces valor o significado a la garantía institucional en relación con el derecho del Artículo 38 CE.”*

Es por ello que la tesis de la preeminencia de la garantía institucional propuesta por el Constitucional en el ámbito de la libertad de empresa nos parece desacertada, máxime cuando, tal y como ha señalado C. TSILLOTIS, la caracterización de los derechos fundamentales de libertad como principios o valores objetivos permite obtener el mismo resultado que el empleo de la técnica de las garantías institucionales. Como ha señalado ARIÑO ORTIZ, aceptar la tesis de la garantía institucional respecto de un derecho como es la libertad de empresa, implica convertir tal derecho en un puro parámetro del orden económico, que debe ser respetado en general, pero que no es accionable como derecho subjetivo, pudiendo ser totalmente anulado en cada caso concreto. En este orden de ideas no podemos tampoco estar de acuerdo con la

opinión de VILLAREJO GALENDE, cuando afirma que *“debería hablarse, más propiamente, de una garantía institucional no de la libertad de empresa, sino del mercado, como garantía de que el ordenamiento preservará la existencia de de dicha institución, tal y como sucede, por ejemplo, con la autonomía municipal o de las universidades, con el matrimonio o la negociación colectiva de las condiciones de trabajo. Es el mercado la verdadera institución, y dentro del mercado los sujetos gozan del derecho a la libertad de empresa”*.

Por lo pronto hemos abordado ya la caracterización de la libertad de empresa (y de los derechos fundamentales de libertad económica en general) desde el prisma de su tradicional concepción como derechos subjetivos, así como desde la óptica la construcción acogida por el Tribunal Constitucional de las garantías institucionales. Se suscita ahora el tema de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, y más concretamente de los derechos económicos, construcción operada por la literatura jurídica europea a lo largo del siglo XX. La libertad de empresa en su dimensión objetiva supone contemplarla como principio o valor objetivo para todo el ordenamiento, de forma que los poderes públicos asumen la obligación positiva de contribuir a la efectividad del derecho y de los valores que representa. Dicha dimensión objetiva de la libertad de empresa es la contemplada en el Artículo 38 de la Constitución Española, cuando contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en garantizar y promover el ejercicio del derecho individual a la libre empresa explicitado en el enunciado normativo *“los poderes públicos protegen y garantizan su ejercicio”*.

Dicha obligación de protección y garantía de la libertad de empresa por parte de los poderes públicos implica dos consecuencias fundamentales:

- En primer lugar, la promoción del ejercicio del derecho a acceder al mercado económico.
- En segundo lugar, el fomento de la libertad del empresario en la concreta forma de organización y configuración que éste decida adoptar.

Dichas consecuencias derivadas de la dimensión objetiva de la libertad de empresa, justificaría acciones positivas por parte del Estado tendente a hacerlas efectivas, como ocurre por ejemplo la legislación en materia de competencia desleal. Como señala ARROYO JIMÉNEZ, el derecho de defensa de la competencia constituye una manifestación por parte de los poderes públicos del mandato consistente en promover el ejercicio real y efectivo (en los términos del Artículo 9.2 CE) del derecho a la libre empresa. A dichas obligaciones derivadas de la concepción objetiva de los derechos fundamentales (y no a una concepción basada en las garantías institucionales), es a lo que responde la previsión contenida en el Artículo 38 de la Constitución, cuando

establece que la libertad de empresa se reconoce en el marco de una economía de mercado. Esa referencia, a priori limitativa del contenido del derecho a la libertad de empresa, debe entenderse como una plasmación que la libertad de empresa como derecho objetivo exige, como una obligación de protección y remoción de los obstáculos para el ejercicio de la libertad económica que dicho derecho implica.

Sentados tales razonamientos, y desterrada la idea de la garantía institucional acogida por nuestra jurisprudencia constitucional (y que conduce a una inaceptable reducción de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales), lo que debemos cuestionarnos es si el urbanismo comercial español y la normativa que lo ha venido configurando, es una manifestación aceptable, como lo es el derecho de la competencia, dictada en aras de satisfacer las exigencias derivadas de la concepción objetiva del derecho a la libertad de empresa contenido en el Artículo 38 de la Constitución cuando establece que *los poderes públicos garantizan y protegen su... de acuerdo con las exigencias de la economía general*. La función objetiva del derecho a la libertad de empresa persigue la protección de tal libertad frente a las injerencias que respecto al mismo puedan surgir por parte de los sujetos privados, a diferencia del carácter subjetivo que tiene un carácter reaccional o de defensa frente a las injerencias por parte del Estado. Así pues, para saber si la limitación de la implantación de las grandes superficies comerciales es congruente con la dimensión objetiva del derecho a la libertad de empresa, es necesario determinar si las grandes empresas dedicadas al sector de la distribución comercial (sujetos privados) constituyen una amenaza para la libertad de empresa (su contenido esencial) del tejido comercial tradicional, las tradicionalmente denominadas PYMES.

Sin embargo, antes de proceder a esclarecer si la normativa existente en España tendente a limitar el establecimiento/ampliación de las grandes superficies comerciales pueden encuadrarse dentro de las medidas exigidas y/o amparadas por la dimensión objetiva de la libertad de empresa es preciso delimitar cuál es el contenido esencial de tal derecho.

### **El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa:**

- **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Por contenido esencial, con carácter general aplicable a cualesquiera derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981 que es *“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. De este modo, se rebasa o se desconoce 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”. En la misma sentencia, en su fundamento jurídico 10º, entiende que el contenido esencial comprende el conjunto de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así”.*

Vista la noción de contenido esencial que tiene nuestro Tribunal Constitucional, procede delimitar cuál sería el contenido esencial propio de la libertad de empresa del Artículo 38 de la Constitución española. En este terreno la doctrina es casi unánime al considerar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de la libertad de empresa resultan insatisfactorios, por cuanto presentan un carácter ambiguo, vago e impreciso, que dista mucho de plasmar una construcción lo suficientemente precisa para poder acotar el contenido esencial inherente a tal derecho. De esta forma, señala ARIÑO ORTIZ, *el Tribunal Constitucional no ha querido hasta ahora enfrentarse con dicha tarea, haciendo dejación de una de sus tareas fundamentales: determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales y proteger aquéllos frente a las leyes que los violen*. De esta forma, cualquier limitación operada por el legislador a la libertad de empresa nos pone (en palabras de IGNACIO DE OTTO) ante una ponderación en la que todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos y con la que se pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica, porque la obligada hermenéutica constitucional, sin la que no es posible una dogmática de los derechos fundamentales, se sustituye por un trabajo de Sísifo en el que otra vez se ha de resolver sin guía fiable problemas que renacen en cada encuentro de bienes.

Hecha tal advertencia al lector, procedemos a hacer un breve repaso por las Sentencias del alto tribunal más significativas:

- La STC 37/1981, señala en su Fundamento Jurídico 2º que *“No hay pues lugar a entrar en el análisis de qué es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cuál sea 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 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del artículo 131 sino sólo en la precisión de cuál sea el alcance de la reserva de ley que la garantiza”*. Resulta llamativo como en esta resolución el Tribunal prescinde por todos los medios posibles de la necesidad de precisar el contenido mínimo de la libertad empresarial, remitiéndolo y haciendo énfasis en que la precisión caso por caso de lo que ha de entenderse por libertad de empresa corresponde al legislador

ordinario, siempre y cuando se satisfaga la reserva de ley prevista por el Artículo 53 de nuestra carta magna. Pronunciamientos como éste corroboran la tesis apuntada por ARROYO JIMÉNEZ cuando señala que es probable que los problemas observados, básicamente la dificultad en la determinación del contenido esencial de la libertad de empresa y el análisis de las medidas limitativas de la misma que pueden ser consideradas correctas desde un punto de vista constitucional, traigan causa de una concepción poco satisfactoria acerca de las relaciones entre el derecho constitucionalmente garantizado y la actividad del legislador, y, en particular, de la idea –claramente presente en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los horarios comerciales- de que la actividad empresarial prohibida por una ley constitucionalmente aceptable nada tiene que ver con el contenido del derecho.

La sentencia sobre los horarios comerciales a la que se refiere el citado autor es la STC 225/1993 de 8 de julio, cuando señala en su Fundamento Jurídico 3º que *“resulta difícil admitir que la libertad de horarios comerciales pueda constituir un desarrollo del art. 38 C.E. En efecto, ello sería tanto como suponer que del derecho del empresario a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial se deriva, necesariamente, su libertad para decidir cuándo ha de llevarla a cabo, estableciendo sin limitación alguna los días y horas de apertura y cierre de la empresa... El art. 38 C.E. no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 C.E”*. El problema que plantea este pronunciamiento del Constitucional se cifra en que en tales circunstancias el derecho a la libertad de empresa dejaría de constituir un límite al poder, perdiendo así su significado originario en cuanto derecho constitucional, de forma tal que el Artículo 38 garantizaría el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, pero tan sólo en los términos que establezca el legislador.

- En el Voto Particular de la STC 37/1981, formulado por Luis Díez Picazo, se señala que *“Al reconocer la libre empresa en el marco de economía de mercado y situarse en la línea de lo que antes llamamos constitución económica, el art. 38 establece los parámetros del orden económico, pero no reglas jurídicas de libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la actividad*

*económica... De este modo nosotros creemos que no todas las modificaciones de la concreta libertad de los empresarios se tienen que situar en el marco del art. 38 de la Constitución, sino que se ubican en aquellos campos especiales a los que se refiera cada tipo de actividad... Si la llamada libertad de empresa es un principio inspirador de la línea del orden económico, sólo puede hablarse de un «contenido esencial» de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido, más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados. Como hemos dicho más arriba, el marco constitucional permite sistemas económicos diferentes y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, 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 art. 38”.*

- *En la STC 83/1984 el Tribunal entiende que “...es evidente, de una parte, que no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta y, de la otra, que las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales, sólo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantiza de contenido esencial alguno... ni en el art. 38 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. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 o 38”.*

En dicha Sentencia se venía así a concluir, como ha señalado ARIÑO ORTIZ, que sin un contenido esencial concreto, la libertad de empresa se subordina a las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad, a las exigencias de la economía general y la planificación, e incluso a la garantía de los principios rectores del orden económico social (salud, medioambiente, tutela de los consumidores...). En efecto señala el Tribunal en la Sentencia, al hilo de la limitación del establecimiento de farmacias (materia también afectada, dicho sea de paso, por la Directiva Bolkestein), en su Fundamento Jurídico tercero, que “Nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar

*el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables...".* Dado que dicho razonamiento sobre el contenido de la libertad de empresa se suscita al hilo de la exigencia de distancias mínimas entre farmacias, resulta sumamente ilustrativo señalar que en Alemania, país en el que la libertad de empresa no está específicamente proclamada, el Tribunal Constitucional alemán en su decisión de 11 de junio de 1968 declaró la inconstitucionalidad de la limitación de distancias en el establecimiento de farmacias, al entender que se trataba de una limitación arbitraria en el ejercicio del derecho fundamental a elegir una profesión.

- **Doctrina**

Pese a la evidencias de la indefinición en que se mueve el Tribunal Constitucional respecto al contenido esencial de la libertad de empresa, tanto la doctrina administrativista como la jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden en afirmar que la libertad de empresa es un derecho subjetivo con exigencias jurídicas que pueden ser invocadas por el individuo en cada caso, exigencias que han sido reforzadas por la normativa comunitaria mediante la consagración de derechos tales como la libertad de establecimiento y prestación de servicios en que se centra esta obra.

Partiendo de su reconocimiento como auténtico derecho subjetivo, el contenido esencial propio de la libertad de empresa ha sido interpretado de forma diversa por la doctrina de nuestro país:

- Para ÁNGEL ROJO la delimitación del contenido esencial del principio de libertad de empresa exige descomponer esa libertad en tres dimensiones básicas o aspectos principales, complementarios entre sí: la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la empresa y la libertad de cesación en ese ejercicio.
- PAZ ARES y ALFARO, entienden por su parte, en sentido contrario a la anterior postura, que el contenido esencial de la libertad de empresa no puede ser definido sobre la base de las facultades de acceso, ejercicio y abandono de una actividad económica en el mercado, entre otras porque el poder público tiene a su disposición títulos competenciales que le permiten suprimirlas (reservando por ejemplo al sector público recursos o servicios esenciales). Dichos autores

entienden que el contenido esencial de la libertad de empresa debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad, de manera que el primero es lo que queda del derecho después de una intervención proporcional del poder público en el mismo.

- ENTRENA CUESTA, considera que el derecho de libre empresa no supone sólo la libertad de acceder al mercado o emprender actividades económicas, sino que lleva aparejado también la libre gestión empresarial sometida a las leyes de un mercado libre.
- Para MARTÍN-RETORTILLO el contenido esencial de la libertad de empresa está determinado por la defensa del mercado, lo que implica una actuación de los poderes públicos que sea conforme al mismo y el establecimiento de mecanismos que salvaguarden la competencia.
- FONT GALÁN señala que es la competencia económica como expresión genuina y sustancial del aspecto pluralista de las libertades económicas reconocidas formalmente –libertad de iniciativa económica privada (art. 38) y la pública (art. 128)- y materialmente –libertad de acceso, establecimiento y circulación en el mercado, libertad de decisión y libertad de cesación en el ejercicio de la actividad- la que da contenido esencial a la libertad de empresa.
- Según F. RUBIO LLORENTE, el contenido esencial vendría a exigir que la libertad de las diversas empresas que actúan en un mismo mercado sea igual para todas ellas, sin perjuicio de que pueda existir una *“regulación diferenciada de las distintas empresas en razón de la actividad a que se dedican o en general en razón de cualquier circunstancia que dé fundamento objetivo y razonable a la diferenciación... la libertad de empresa conlleva así, asociada con la de unidad del mercado, una particular aplicación del principio de igualdad, la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen. No que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado. Sin esa igualdad, no sería ya el mercado, sino el poder, el que determinaría la suerte de las empresas”*. Pese a que la teoría de este autor es una teoría objetiva del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, en la que primaría el carácter de garantía institucional, la hemos recogido por cuanto evidencia que ni tan siquiera una visión sesgada del derecho de libertad de empresa que prescindiera de su dimensión subjetiva, es capaz de justificar la regulación que en España se ha venido haciendo a través del urbanismo comercial, que dentro de un mismo sector de actividad ha creado una

regulación diferenciada sin existencia de fundamento objetivo o razonable que pudiera avalar tal diferenciación.

A nuestro juicio, una de las delimitaciones más claras y precisas del contenido esencial de la libertad de empresa es la efectuada por ARIÑO ORTIZ, que ha sido uno de los autores que más ha reivindicado el carácter reaccional y de genuino derecho subjetivo de la libertad de empresa en los últimos años, cuando, siguiendo a FRITZ OSSENBUHL, entiende que dicho contenido esencial quedaría integrado por las siguientes facultades:

- Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado. Centrado en el tema objeto del presente trabajo, es especialmente interesante la libertad de acceso al mercado, porque lo cierto es que (como ha señalado ÁNGEL ROJO) salvo en sectores económicos reservados cualquier persona que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que quepan prohibiciones o autorizaciones (como las licencias comerciales) puramente discrecionales por parte de la Administración.
- Libertad de organización o el derecho a la empresa, dentro de la cual se encuentra la libertad de emplazamiento. A juicio de ARIÑO ORTIZ existen limitaciones legítimas e ilegítimas a tal libertad de emplazamiento. Las legítimas se manifestarían a través de condicionamientos territoriales y urbanísticos, siempre que se basen en motivos razonables de salvaguardia del interés general, como pueden ser la prohibición de situar industrias insalubres en zonas urbanas, las exigencias de que las grandes superficies comerciales se sitúen en lugares con aparcamiento suficiente para dar salida y entrada al tráfico... En general, a juicio de dicho autor, toda la ordenación de usos del suelo es perfectamente legítima.

Las limitaciones ilegítimas, intentarían, por su parte, proteger determinados intereses parciales o sectoriales. Así, la utilización de la planificación urbanística, medioambiental, etc. con fines de protección de un determinado sector frente a otro –el denominado urbanismo comercial- no puede considerarse una intervención lícita de la libertad empresarial. El Estado no puede cercenar la libertad de emplazamiento de un empresario con el fin de evitar que perjudique los intereses de otro. De esta forma, requisitos comerciales –de apreciación subjetiva- para la admisión en la profesión o el acceso al mercado, tales como necesidades de la demanda, suficiente equipamiento comercial... son inconstitucionales, aunque se hayan establecido en leyes como la Ley de Ordenación del Comercio Minorista del año 1996 y las

leyes autonómicas de desarrollo. Pese a ello el Tribunal Constitucional no se ha atrevido a declararlo así.

- Finalmente el contenido esencial de la libertad de empresa incluiría, según este autor, la libertad de dirección de la empresa, como materialización de la libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre. Dentro de este apartado deben mencionarse cuestiones como la libertad de producción, libertad de inversión, libertad de fijación de una política o estrategia comercial (como por ejemplo la basada en los grandes formatos de distribución comercial), libertad de distribución y venta, libertad de publicidad (no engañosa), libertad de competencia leal... Los límites del Artículo 38 de la Constitución a esa libertad de dirección son dos: las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación. Límites que debido a su formulación tan genérica deben ser objeto de una correcta objetivación (dimensión objetiva del derecho a la libertad de empresa a la que aludíamos), puesto que de lo contrario se podría justificar cualquier intervención estatal. Para ello es tarea obligada distinguir entre los sectores libres (dentro del que cae la distribución comercial) y los sectores regulados o disciplinados (como el sector energético o las telecomunicaciones), dado que, en los segundos los poderes de dirección de la economía son mucho más intensos.

Innovadora, y perfectamente acorde con la Directiva Bolkestein, es asimismo la propuesta hecha por RIVERO ORTEGA a la hora de formular el contenido esencial de la libertad de empresa, centrando el debate del respeto de los límites al contenido esencial de tal derecho en su posibilidad de predicción y predeterminación en la ley (sin dejar de lado, claro está, la proporcionalidad y razonabilidad de los mismos). En opinión de dicho autor:

*“El contenido esencial de la libertad de empresa, proyectada sobre la libertad de comercio, consistiría en el respeto de la iniciativa del empresario, de manera que esta no pueda quedar por completo al albur de la decisión administrativa. En esta tesis, el contenido esencial restringiría la capacidad del poder legislativo con el límite de no poder anular la previsibilidad para el ejercicio de la iniciativa empresarial y comercial, pues esta sería la principal necesidad y el presupuesto mismo de su ejercicio en libertad: El derecho a poder calcular (para acertar o equivocarse) los resultados de su iniciativa, sabiendo que en determinadas condiciones en todo caso podrá desarrollar su actividad. Toda Ley transgresora de esta calculabilidad, vulneraría a mi juicio el contenido esencial de la libertad de empresa.*”

*Esta tesis parece admitir la misma objeción que la formulada por RUBIO LLORENTE al señalar la igualdad como clave explicativa del contenido esencial de la libertad de empresa: tendría un carácter más objetivo que subjetivo. Pero proyectada en concreto sobre la libertad de comercio deja un reducto en todo caso libre, pues ninguna prohibición podría ser absoluta, sino subordinada al cumplimiento de condiciones predeterminadas por las normas. Conociendo éstas, y estando protegido frente a la arbitrariedad, el empresario (comerciante) puede organizar y dirigir su empresa con autonomía para lograr el éxito (o fracasar) en su iniciativa. En el momento en que las normas no garantizaran esa capacidad de autonomía del empresario, que requiere calculabilidad, se derogaría el contenido esencial de la libertad de empresa”.*

Precisamente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al dictarse (entre otros) al amparo del Artículo 149.1.1 de nuestra norma fundamental, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (Disposición final primera de la Ley), implica que nos encontramos ante una norma que regula de forma novedosa tales condiciones básicas que garantizarían la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa del Artículo 38 de la Constitución. Ello no implicaría sino la inevitable desaparición, por inconstitucional, de toda la regulación autonómica que integraba el denominado urbanismo comercial.