

## LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

María Solange MAQUEO RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto y alcance de la Constitución económica*. III. *Flexibilidad del sistema económico adoptado por la Constitución española de 1978*. IV. *Normas básicas para la organización y funcionamiento del orden económico español*. 1. *El derecho a la propiedad privada y a la herencia*. 2. *La libertad de empresa*. 3. *La libertad de elección de profesión u oficio*. 4. *La planificación económica*. V. *Incidencia económica de los derechos sociales y de tercera generación*.

### I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la "Constitución económica" representa un aspecto del derecho constitucional ampliamente desarrollado en algunos países europeos, concretamente en Alemania donde originariamente adquiere un carácter sistemático y, con posterioridad, en aquellos Estados, altamente influenciados por la doctrina jurídica germana contemporánea, que adoptan un modelo de economía social de mercado. Este es precisamente el caso de España, en donde el constitucionalismo económico no sólo se atiende por la teoría constitucional y administrativa sino que se extiende, incluso, a la propia configuración de su Carta Magna y, por ende, al desarrollo jurisprudencial.

Así pues, el objeto del presente trabajo consiste precisamente en dar contenido material al concepto de Constitución económica de acuerdo con la Norma Fundamental española a través del análisis de los derechos y prerrogativas que la conforman y, de igual forma, establecer la estrecha vinculación que presenta con el llamado "Es-

tado de bienestar” (o *Welfare State*) propio de la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea, para lo cual será necesario poner especial énfasis en la exigencia actual de conciliar los principios derivados de la corriente liberal decimonónica con la atención de ciertos aspectos sociales que, independientemente de consideraciones morales y humanísticas, adoptan un cariz apremiante a finales de la Segunda Guerra Mundial para la reconstrucción de Europa y para la reactivación de su economía.

De esta forma, nuestro objetivo primordial consiste en demostrar que el contenido y alcance de la Constitución económica se debe analizar desde la óptica del bienestar social y no meramente desde el individual, observando la transformación de los tradicionales derechos subjetivos de contenido patrimonial (principalmente el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa) para trascender al ámbito social, así como la constitucionalización de ciertos derechos sociales con incidencia directa en el sistema económico adoptado, que en última instancia configuran el Estado de bienestar y justifican su adopción como forma de organización estatal.

Finalmente, cabe precisar que por la exigencia científica de concretar el objeto de análisis, el presente estudio se limita al aspecto microeconómico de la Constitución económica, esto es, a la permisión o afectación constitucional del funcionamiento del mercado, lo cual no es óbice para asentar nuestra conformidad con la integración de criterios macroeconómicos en el análisis del constitucionalismo económico, v. gr., las funciones monetaria, cambiaria y presupuestaria, especialmente si tomamos en consideración que dichas funciones normalmente se encuentran comprendidas en la Norma Fundamental e impactan de manera directa al sistema económico adoptado.

## II. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

El contenido económico en los textos constitucionales tiene una justificación eminentemente histórica. Por una parte, en las constituciones decimonónicas propias del Estado liberal, era suficiente el reconocimiento de determinados derechos que permitieran el funcionamiento del orden económico (la regulación de la propiedad privada, la libertad de comercio e industria, la libertad de contratación, entre otros), debido principalmente a que en aquella época no existía una

representación de conjunto individualizada del proceso económico que permitiera su modificación ya que el orden económico era producto de leyes naturales;<sup>1</sup> por otra parte, en el constitucionalismo moderno ya se incluyen numerosos preceptos con contenido o incidencia en el ámbito económico y social, especialmente por el reconocimiento de la necesaria intervención del Estado no sólo para contrarrestar los excesos del individualismo propio del liberalismo clásico sino, incluso, para permitir el funcionamiento adecuado del mercado, lo que implica, a su vez, el reconocimiento de sus imperfecciones (los llamados fallos del mercado). Así las cosas, en opinión de Bassols (1985, pp. 26 y 27), “el orden económico y social, que durante el periodo liberal era una realidad extraconstitucional, pasa a convertirse en capítulo capital o preponderante, según los casos, de las estructuras constitucionales de los nuevos Estados”.

Esta inclusión de nuevos y abundantes preceptos relativos al orden económico y social en los textos constitucionales modernos, sean dirigidos al poder público o a los ciudadanos mediante el reconocimiento y concesión de derechos, ha dado lugar a la acuñación y utilización del término “Constitución económica”.<sup>2</sup> La utilización de

<sup>1</sup> De conformidad con BALADO: “Las constituciones decimonónicas no consagran de forma ordenada y sistemática la estructuración jurídico-económica de la sociedad, [...], habida cuenta de que dichos textos recogen declaraciones y formulaciones de principio que afectan al régimen de la propiedad, a la industria, al comercio, a la libertad económica, etc., teniendo como denominador común la concepción liberal, en la que, al menos tendencialmente, el Estado aparece como espectador de excepción, cuya función se reduce a una mera contemplación policial, matizada con la aparición paulatina de tímidas actuaciones intervencionistas, de ahí que no podamos hablar de Constitución económica hasta la segunda mitad del siglo XX, tal y como se entiende en nuestros días”. BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, “Notas sobre el modelo económico constitucional español”, en *El sistema económico en la Constitución española*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, pp. 33-34.

<sup>2</sup> BASSOLS sostiene la existencia en el constitucionalismo moderno de un cierto dualismo: una Constitución política —que sería el estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos— y una Constitución económica —que atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también de manera creciente el propio Estado por su protagonismo en la vida económica—. La contraposición de Constitución política y Constitución económica no es aceptada de manera unánime en la teoría constitucional española, sin embargo, es indudable la aceptación del término Constitución económica, como lo demuestra no sólo su adopción en la teoría jurídica constitucional y administrativa, sino también su adopción por el Tribunal Constitucional español, como veremos en su oportunidad. BASSOLS COMA, Martín, “La planificación

este término tuvo lugar primeramente en la doctrina alemana<sup>3</sup> y posteriormente se hizo extensiva a otras partes del continente europeo; en España pasó de ser un mero concepto teórico hasta su adopción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, en la STC 37/1981, de 16 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías, el Tribunal Constitucional se manifestó por primera ocasión respecto del contenido económico de la Constitución, aceptando que el artículo 38 constitucional, en clara relación con otros artículos de la misma y muy concretamente con los artículos 128 y 131, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de la sociedad española. No obstante ello, no es sino en el Voto Particular del magistrado Luis Díez-Picazo en referencia a dicho recurso de inconstitucionalidad donde se plasma el concepto de Constitución económica. Así, textualmente indica:

El concepto de Constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Per-

económica", en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 377.

<sup>3</sup> Siguiendo a FONT GALÁN, el término Constitución económica fue introducido en Alemania por Franz BÖHM y Walter EUCKEN. FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 132. Ahora bien, en opinión de COTARELO, el concepto más elaborado de Constitución económica lo proporciona el propio BÖHM, quien la considera como "la proyección normativa implicada en la opción por un determinado sistema económico. [...] Se trata, por tanto, no de aceptar en el concepto de Constitución económica un conjunto jurídico-positivo —de normas constitucionales y/o legales—, definitorio de un orden económico determinado, sino un compromiso normativo dimanante de un modelo económico 'descubierto' —no inventado, ni construido— por el conocimiento de la economía". COTARELO GARCÍA, Juan, "El concepto de Constitución económica y su aplicación a la Constitución española de 1978", en *El sistema económico en la Constitución española*, op. cit., p. 133.

mite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del art. 38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa.

Con posterioridad, en la STC 1/82, de 28 de enero, mediante la cual se resuelven dos conflictos positivos de competencia acumulados, promovidos ambos por el gobierno vasco, el Tribunal Constitucional adopta el concepto manifestado por Díez-Picazo en su voto particular y ya introduce textualmente que la Constitución económica o Constitución económica formal se integra por "el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica",<sup>4</sup> pero sin especificar de manera restrictiva qué normas proporcionan dicho marco jurídico fundamental.

Si bien la Constitución económica no tiene un contenido claramente definido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia por lo que puede extenderse o limitarse según el alcance del propio ordenamiento jurídico fundamental, en opinión de García Pelayo (citado por Font Galán, 1987, p. 133), "[...] existen tres materias que con carácter mínimo deben integrarla: el establecimiento del tipo o de los tipos de propiedad, la forma de relación entre los actores económicos y la distribución de atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicas de la sociedad", materias que, según veremos, podemos encontrar en la Constitución española de 1978.

A este aspecto eminentemente económico del llamado constitucionalismo económico cabría agregar el aspecto social (la función social del Estado) que, de acuerdo con Ignacio M. de Lojendio (1977, p. 81), también comporta una cuestión fundamental para la formación del nuevo concepto.<sup>5</sup> De conformidad con el citado autor

<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones el concepto de Constitución económica aludido. A modo de ejemplo baste citar la STC 64/1990, de 5 de abril, respecto de una impugnación al amparo del artículo 161.1 constitucional, interpuesta por el gobierno de la nación.

<sup>5</sup> El Estado social y democrático de derecho surge con el objetivo de resolver las contradicciones a que había llevado la aplicación estricta del individualismo presente en la

(pp. 85 y ss.) el llamado derecho constitucional económico está directamente determinado por el fenómeno de socialización, cuyo instrumento principal es la intervención del Estado en la economía. Este último comprende, al decir del autor, la función estatal promotora de la creación de riqueza, ordenadora y planificadora a fin de alcanzar objetivos de muy diversa índole, desde los meramente ideales que persiguen la paz social, la justicia o la libertad, los que comprenden un mecanismo corrector de las deficiencias del sistema liberal clásico hasta aquéllos que conforman un Estado que garantiza el bienestar y la asistencia de sus ciudadanos. De manera adicional, Muñoz Machado (1997, p. 9) señala que la doctrina del Estado social insiste en que la sociedad civil, abandonada a los mecanismos de mercado y de regulación espontánea, no sólo genera múltiples injusticias, sino que conduce a la irracionalidad y violencia del sistema. Los fallos del mercado y las consecuencias injustas y disfuncionales del desarrollo económico deben ser corregidos por el Estado, que se presenta como protector de la sociedad y sus ciudadanos.

De esta forma, la introducción del Estado social de derecho no sólo contribuye a la formación del concepto de Constitución económica, cuyo contenido se incrementa al tomar en consideración la actuación del Estado en el orden económico, sino que incluso determina en gran medida su contenido. En otras palabras, la concepción del Estado social de derecho, introducido por primera vez en Europa mediante la Constitución de Weimar y consolidado en la Ley Fundamental de Bonn (1949), viene a legitimar la intervención gubernamental en el orden económico, sea para sostener o mejorar el sistema de economía de mercado o simplemente para paliar las injusticias que el mismo provoca. Podemos observar cómo la Constitución, norma suprema rectora del ordenamiento jurídico del Estado y de la actuación de los órganos del poder público, se constituye en un claro instrumento de dirección y sustento para la determinación de la estructura y funcionamiento de la actividad económica y social.

concepción liberal constitucional clásica, entre ellas la insularidad que aísla al Estado (en tanto que construcción político-jurídica) de su referente originario (la sociedad). Para este proceso de insularización, *vid.* GROSSI, Paolo, *Dalla Società di Società alla Insularità dello Stato Fra Medioevo ed Età Moderna*, Nápoles, Instituto Universitario Sour Orsola Benincasa, 2003.

Ahora bien, es importante destacar la idoneidad que representa el que el orden constitucional tenga un carácter flexible y abierto en el ámbito económico y social a efecto de no afectar el necesario dinamismo en la toma de decisiones de carácter socioeconómico y, como añade Bassols,<sup>6</sup> de permitir una razonable estabilidad y duración de la propia Constitución. Al respecto, Balado señala:

[La Constitución económica]... no debe reconducirse exclusivamente a una declaración formal y estereotipada adscribiéndose a un singular sistema económico; esa declaración puede ser el principio informador y garante que presida el modelo económico, pero que habrá de conjugarse con los derechos y deberes de la persona y con los fines y facultades que se encomiendan y otorgan a los poderes públicos. [p. 38].

Tal característica de flexibilidad se ha llegado a oponer, como señala Gayo de Arenzana (1994, p. 583), a la concepción totalitaria de los sistemas marxistas que estimaba que la Constitución, especialmente por lo que se refiere a su aspecto económico, estaba llamada a garantizar un determinado régimen político. Así, la flexibilidad se convierte en una característica inmanente de las constituciones propias de los países democráticos, ya que permite al legislador ordinario (e incluso al poder ejecutivo) responder a las exigencias de unas u otras opciones democráticas, según cuál fuere la concepción política de las mayorías parlamentarias.

Esto, evidentemente, no significa que la Constitución deba atender hasta sus últimas consecuencias el llamado “principio de neutralidad

<sup>6</sup> De conformidad con BASSOLS, quien distingue entre Constitución política y económica, como hemos señalado con anterioridad, indica: “Frente a la ordenación jurídica total, exhaustiva, sistemática y precisa que presenta la llamada Constitución política, los caracteres de la Constitución económica en el mundo occidental son los propios de una regulación flexible, fragmentaria, imprecisa, programática y esquemática. La definición del modelo político (explícita o implícitamente) se reputa como un mínimo indispensable e irreductible de una auténtica Constitución; por el contrario, la estructura constitucional del orden económico, en cuanto modelo, no es objeto de una definición precisa y de un procedimiento categórico en los sistemas constitucionales occidentales [...] debido, entre otras causas, al pluralismo de las fuerzas políticas e ideológicas que concurren en el proceso constituyente y al deliberado propósito de influir en la transformación de la estructura económica existente que no se acepta apriorísticamente, como inmutable”. BASSOLS COMA, Martín, *op. cit.*, pp. 93 y 378.

político-económica”,<sup>7</sup> propio de las constituciones decimonónicas, o que se abstenga de contemplar normas de contenido económico y social. Por el contrario, como ya hemos visto, la aceptación del contenido económico y social en el constitucionalismo moderno se encuentra muy generalizada. Así, en opinión de Balado (1994, p. 37), “el texto constitucional debe consagrar y garantizar los derechos de naturaleza económica, sus excepciones o quiebras, así como los principios y objetivos socioeconómicos que el Estado debe perseguir, junto con los instrumentos idóneos para su consecución”. Al respecto, Entrena Cuesta (1981, p. 109) añade:

<sup>7</sup> Siguiendo a ENTRENA CUESTA, “la ‘neutralidad político-económica de la Constitución’ ha sido formalmente planteada como tesis científica que defiende que la Constitución debe ser neutral respecto de la organización de la vida económica y dejar abierta a los gobernantes la posibilidad de modificar el orden económico”. ENTRENA CUESTA, Ramón, “El principio de libertad de empresa”, en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 1, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, pp. 107 y 108.

Continuando con las ideas del mismo autor, “Esta tesis es mantenida sobre todo por H. KRÜGER [...], que arranca del juicio de valor que toda democracia descansa en el *relativismo* y no contiene ninguna decisión valorativa, línea de pensamiento abiertamente ligada al constitucionalismo de Weimar; en la misma línea de KRÜGER, se rechaza también la “Constitución económica” por quienes entienden que la economía tiene una propia dinámica mayor que la que afecta a la Constitución política, lo que, a juicio de estos autores, desaconseja la configuración constitucional del orden económico. [...]

Ignora esta postura que las mismas tablas de derechos fundamentales recogidas en el constitucionalismo clásico no son ya en absoluto “neutrales” ni pueden tratarse aisladamente de la concepción político-económica, ya que esos derechos son piezas básicas en el orden económico: la existencia o no de garantías de la propiedad privada, de la herencia, de la libertad profesional o de asociación, son ya elementos definidores de un orden económico determinado”.

Por su parte, BADELL precisa que la tesis de la neutralidad político-económica excede la mera flexibilidad del régimen económico. La neutralidad debe entenderse como una clave interpretativa conforme a la cual, en primer lugar, la Constitución no determina ni prevé una garantía de modelo económico alguno; en segundo lugar, no deben establecerse juicios en relación con el modelo económico a partir de las disposiciones constitucionales y, en tercer lugar, existe una delegación a favor del legislador quien, dentro de los márgenes que la propia Constitución le ha impuesto debe establecer la orientación político-económica del Estado. La neutralidad política de la Constitución evita comprometer al Estado con unas específicas doctrinas económicas y con la garantía o imposición de las correspondientes concepciones acerca de la política de ordenación óptima o adecuada. No obstante, debe advertirse que esa neutralidad de la Constitución no implica en modo alguno la ausencia de bases jurídicas sobre las cuales pueda desarrollarse una economía; antes, por el contrario, lo que hace es delegar en el legislador el desarrollo de dichas bases. BADELL MADRID, Rafael, “Consideraciones acerca de la Constitución económica”, en *Revista BCV*, XIV. 1, Caracas, 2000.

Realmente, existe una consideración práctica que abona la necesidad de plasmar al más alto nivel jurídico-formal los principios básicos del sistema económico [y social] y es que aunque la Constitución deba, en un régimen pluralista, ser lo suficientemente ambigua o permisiva para que puedan funcionar con ella todas las opciones de gobierno posibles en un país, es lo cierto que la economía no puede someterse a mutaciones o subversiones en el modelo económico a raíz de cada consulta electoral; el partido en el poder tratará de orientar el orden económico [y social] a los objetivos de su programa, pero lo que no puede es alterar los fundamentos; esto obliga a que el orden económico [y social] sea un sistema abierto y flexible, [...], pero lo bastante afirmado en los fundamentos esenciales para dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible.<sup>8</sup>

Si bien este punto lo retomaremos con posterioridad, cabe aclarar por el momento que la Constitución española de 1978 se ajusta, en términos generales, a las opiniones antes vertidas respecto de la adopción de una posición abierta y flexible en materia económica y social. Esta posición puede observarse claramente a través de la permisividad constitucional de la actuación gubernamental en diversos ámbitos de relevancia o contenido económico y social y del reconocimiento que la propia Constitución hace de la economía de mercado. En este sentido se pronuncia Rivero Ortega (2001, pp. 57 y 58), al admitir que la Constitución española si bien no presenta neutralidad o abstencionismo en materia económica, sí tiene un carácter no rígido y una condición abierta y flexible, lo que permite responder de forma versátil a las distintas coyunturas económicas, y, al mismo tiempo, facilita la realización del pluralismo político.

<sup>8</sup> Sostiene ENTRENA CUESTA: “[...] ya desde los años treinta, la tesis de que la Constitución debe dar un marco de actuación a la economía y ordenar su estructura fue fuertemente defendida por Franz BÖHM, desarrollando en el plano teórico los postulados de la escuela neoliberal de Friburgo de Walter EUCKEN y de Wilhelm RÖPKE, en el sentido de que la Constitución económica debe integrar las ideas políticas sobre el orden de sociedad con las exigencias de organización de la economía, sin que pueda afirmarse ni una posición de “neutralidad” ni una posición de inestabilidad a largo plazo. [...] A partir de los años cincuenta, la oposición más radical a la idea de neutralidad político-económica de la Constitución ha sido mantenida por NIPPERDEY, con el designio de introducir en la Constitución el concepto de economía social de mercado y concibiendo la “Constitución económica” como repertorio de libertades individuales que reflejan, como orden económico, el modelo de economía social de mercado”. ENTRENA CUESTA, Ramón, *op. cit.*, p. 108.

### III. FLEXIBILIDAD DEL SISTEMA ECONÓMICO ADOPTADO POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) atendiendo a la conveniencia antes apuntada, que presenta el carácter flexible del contenido económico y social y, de manera especial, por los antecedentes históricos en su formación, de los cuales podemos destacar el pluralismo político, el consenso (o su naturaleza pactada) y su surgimiento en una época en donde lo imperante en Europa occidental era el Estado de bienestar aun cuando ya se encontraba en el centro del debate,<sup>9</sup> no define de forma precisa y sistemática el modelo económico a seguir. Mientras que por una parte la CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 33.1), la libertad de empresa (artículo 38) y la libre elección de profesión u oficio (artículo 35), libertades que tradicionalmente han sido aceptadas por los defensores del liberalismo clásico al reconocerles un carácter necesario para el propio funcionamiento del mercado, por la otra establece determinados límites y cortapisas respecto de dichas libertades para garantizar la consecución de determinados objetivos constitucionales,<sup>10</sup> dentro de los que cabe destacar la prelación que se le concede al interés general (propio del fenómeno socializante al que aludía Lojendio) frente al interés individual.

De manera complementaria, la CE también reconoce la iniciativa pública, las reservas al sector público de los recursos o servicios esenciales y la intervención de empresas (artículo 128.2), subordina toda la riqueza del país al interés general (artículo 128.1) y, adicionalmente, incluye la posibilidad de acudir a la planificación de la activi-

<sup>9</sup> El desarrollo del proceso constituyente en cuanto al contenido económico de la Constitución de 1978 puede consultarse en la obra de BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985.

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas ocasiones que los derechos fundamentales no son absolutos o ilimitados; que su ejercicio se encuentra sujeto tanto a límites constitucionalmente expresos (sean directos o derivados de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos), como a otros que puedan fijarse por el legislador dentro del respeto a su contenido esencial. De manera adicional, el citado Tribunal ha destacado que las limitaciones impuestas al ejercicio de dichas libertades tampoco pueden tener el carácter de absolutas. Sobre el particular resultan de gran interés las SSTC 254/1988, de 21 de diciembre y 371/1993, de 13 de diciembre. Ambas emitidas por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional para la resolución de sendos juicios de amparo.

dad económica general para atender determinados objetivos (artículo 131), además de consagrar el derecho a sindicarse libremente y el derecho a la huelga (artículo 28), por mencionar algunos ejemplos.

Asimismo, en el frontispicio del sistema constitucional español se establece (en el art. 1o., CE) la configuración de la nación española como un "Estado *social* y democrático de derecho", lo que implica no sólo "un límite al ejercicio de determinadas libertades y derechos consagrados con el carácter de fundamentales por la Constitución, [...], sino que, con mayor razón, ha de serlo para las libertades y derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, que gozan de un menor nivel de protección constitucional, y tienen como límite la función social (art. 33.1) y las exigencias de la economía nacional (art. 38)", de conformidad con la opinión formulada por los magistrados Gloria Begué Cantón, Ángel Escudero del Corral, Rafael Gómez-Ferrer, Francisco Pera Verdaguer, Francisco Rubio Llorente y Antonio Truyol Serra, en un Voto Particular conjunto emitido con motivo de la controvertida STC 111/1983, de 2 de diciembre, respecto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra del Real Decreto-ley 2/1983 por el que se expropiaron, por razones de utilidad pública e interés social, los bancos y otras sociedades que componen el Grupo Rumasa.

De esta forma, podemos observar como la CE incluye tanto preceptos propios del sistema de economía de mercado (haciendo alusión expresa a dicho sistema en su artículo 38), como normas constitucionales que legitiman una marcada intervención estatal o que, en su caso, interfieren en el funcionamiento "natural" del mercado.

Esta relativa ambigüedad en cuanto al régimen económico constitucionalmente adoptado ha dado origen a numerosas disquisiciones. Como señala Rivero Ortega (2001, p. 58), las diversas posturas respecto del sistema económico consagrado por la CE van desde aquellas que propugnan por la importancia del mercado y de las libertades que hacen posible su funcionamiento hasta aquellas que destacan su carácter colectivista.<sup>11</sup> No obstante la postura que se adopte, lo

<sup>11</sup> COTARELO destaca la diversidad de criterios en la doctrina española respecto de si la Constitución se pronuncia o no por un modelo económico definido, lo que lo lleva a concluir, en principio, que carece de sentido averiguar si efectivamente en el conjunto de enunciados económicos de la Constitución se define un sistema o modelo económico determinado. Sin embargo, más adelante el mismo autor se pronuncia respecto del sistema

que resulta evidente es que la CE no puede considerarse abiertamente un sistema de economía de mercado o un sistema de planificación central, sino un sistema mixto, usualmente equiparado por la doctrina constitucional a la "economía social de mercado", como lo confirman las posturas de Bassols (1981, p. 427), Font Galán (1987, p. 140) y Rivero Ortega (p. 58), donde si bien se hace imprescindible la actuación del mercado como un mecanismo coordinador de la actividad económica, también se le otorgan funciones específicas al Estado en el orden económico.

De esta forma, a las palabras de Balado (p. 68), de clara tendencia liberal, y según las cuales la CE configura un régimen de "libertades de contenido económico, acotado por las reglas de la economía de mercado, caracterizado por la libre iniciativa económica privada, la leal confrontación de la oferta y la demanda, que no podrá atentar contra el interés general y social de la comunidad, que se erige como muro de contención en evitación del ejercicio antisocial de las aludidas libertades económicas", cabría agregar las de Font Galán (p. 140):

Sucede, en verdad, que nuestra Constitución [refiriéndose obviamente a la CE] no establece exactamente dos (o más) sistemas económicos alternativos o bases antagónicas: por encima de la pluralidad de tales bases del sistema económico y de la flexibilidad del mismo en función del modo y grado de conjugación permitida de tales bases, hay un elemento fundamentalísimo que compromete y da unicidad al sistema cualquiera que sea la concreta manifestación modélica que adopte el poder político en la ordenación de la economía: este elemento es el principio capital del *Estado social y democrático de derecho* consagrado en el pórtico constitucional (art. 1.1), que, [...], frena toda interpretación liberal-pura del sistema económico, disuelve la vaporosa crítica de la ambigüedad económico-consti-

económico constitucionalmente adoptado, decantándose por una cierta primacía de la economía de mercado frente a la planificación central. Textualmente el citado autor (pp. 156 y 157) señala: "[...] la economía de mercado y su rasgo medular, la libertad de empresa, conforman el régimen general, ordinario o común de funcionamiento del orden económico, [...] incluso el contenido no esencial de la libertad de empresa, adquiere en la Constitución un sentido prevalente respecto de la planificación.

[...] la naturaleza mixta del orden económico de la Constitución española es también evidente. Naturaleza mixta que no ha de concebirse en términos de igualdad "real" entre ámbito económico público y privado. Sin que la diferencia tenga que venir expresada en magnitudes cuantitativas". COTARELO GARCÍA, Juan, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

tucional y compromete a los poderes públicos a organizar la economía de mercado de modo acorde con el Estado social o, si se quiere (desde una óptica de compromiso social), a realizar (históricamente) el Estado social en el marco de la economía de mercado.

A continuación veamos los preceptos constitucionales más representativos de la organización y funcionamiento del sistema económico español, mismos a los que ya nos hemos referido en este apartado, a efecto de analizar su contenido, los límites que les han sido impuestos y su protección jurídica constitucional de acuerdo con el texto del artículo 53 de la Constitución.

#### IV. NORMAS BÁSICAS PARA LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ORDEN ECONÓMICO ESPAÑOL

De acuerdo con los comentarios vertidos anteriormente son tres los aspectos más importantes a considerar: el derecho a la propiedad privada y la herencia, la libertad de empresa y el derecho a la libre elección de profesión u oficio, mismos que, como podrá observarse, coinciden con los derechos y libertades propios del sistema neoliberal, esto es, que resultan indispensables para garantizar un sistema de economía de mercado pero que, a su vez, requieren de ciertas restricciones que permitan la implementación de un verdadero "Estado social de derecho". Dicho esto procedamos a analizar cada uno de los mencionados derechos.

##### 1. El derecho a la propiedad privada y a la herencia

El artículo 33.1 de la Carta Magna establece que "*se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*". Como puede observarse se reconoce no el derecho *de* propiedad privada, como tradicionalmente se ha considerado desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino el derecho *a* la propiedad privada (y a su continuación *post mortem*, la herencia).

De conformidad con Ojeda Marín (1990, pp. 49 y 50), tal distinción reporta evidentes consecuencias dentro de las que destaca que mientras el derecho de propiedad privada consiste en el reconocimiento y protección de la propiedad dada, de la propiedad existente

en beneficio de sus legítimos propietarios, el derecho a la propiedad privada importa, además, el derecho de que toda persona tenga acceso a la propiedad y, en consecuencia, que los poderes públicos, amén de proteger la propiedad dada, deban promover las condiciones para permitir el acceso de todos a la propiedad.

Esta interpretación, siguiendo al autor en comentario, debe completarse con lo dispuesto por el artículo 129.2 constitucional, de conformidad con el cual se encomienda a los poderes públicos establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, y por el artículo 9.2 del mismo ordenamiento que indica que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

De esta forma podemos observar cómo ya el primer apartado del artículo 33 de la Constitución, en conjunción con los artículos 9.2 y 129, da claros visos de un distanciamiento de la concepción tradicional de la propiedad privada propia del liberalismo clásico (considerada como un derecho fundamental del individuo sagrado e inviolable, inherente a su calidad de persona y que favorece la existencia del sistema económico descentralizado al permitir que las personas atiendan a sus propios intereses de manera individual), adecuándose a las doctrinas contemporáneas en las que se cuestiona su carácter individual y se le pretende otorgar una legitimación basada en su vinculación con la colectividad.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Al respecto, FONT GALÁN establece: "[...] Tales cambios obedecen a la crisis de los valores típicos de la sociedad liberal en la cuestión del fundamento de la propiedad y de su ejercicio como un derecho subjetivo basado en el libre albedrío del titular. La crisis del fundamento liberal de la propiedad, basada en un axioma sobre el valor del individuo aislado, y apoyada en una relación exclusiva entre la persona y su libertad como valores fundamentales e incuestionables, precipita una revisión profunda de los Ordenamientos en la regulación de la propiedad que paulatinamente se va afirmando a través de la teoría del abuso de derecho como instrumento de control por parte del ordenamiento jurídico, y la teoría del ejercicio de los derechos conforme a las finalidades y exigencias sociales señaladas por el mismo ordenamiento. Con ello se llega a un replanteamiento de la relación entre libertad y propiedad que ya no se conciben como conceptos coincidentes, distinguiéndose en este terreno dos planos: uno, social, y otro, individual". FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 115.

Este distanciamiento del derecho a la propiedad privada y a la herencia respecto de la tendencia liberal se ve ampliamente reforzado con la introducción del concepto de función social al que alude el segundo apartado del propio artículo 33, de conformidad con el cual "La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes". Con este novedoso concepto se pretende vincular la propiedad privada con las exigencias sociales.

La función social viene a revolucionar totalmente el derecho de propiedad privada,<sup>13</sup> se constituye en un elemento inherente a dicho derecho, en parte integrante del mismo, dejando, en consecuencia, a un lado su característica de origen (y que incluso a la fecha algunos autores sostienen) respecto de que representa exclusivamente un límite externo.<sup>14</sup> Ello da como resultado que la propiedad privada ad-

Asimismo, respecto de la evolución acaecida en el derecho de propiedad privada pueden consultarse los trabajos de BASSOLS COMA, Martín, *op. cit.*, pp. 112 y ss.; y de GAYO DE ARENZANA, Luis, "Configuración constitucional de la propiedad privada", en *El sistema económico en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 581 y ss.

<sup>13</sup> Al decir de BARRAL I VIÑALS "[...] la noción de derecho subjetivo, y con ella la de propiedad como derecho subjetivo paradigmático, ha evolucionado de la noción de titularidad a la noción de ejercicio de los poderes que el derecho confiere, y aún más, el ejercicio del derecho debe ser conforme a una determinada valoración social encarnada, en sentido genérico, por la denominada función social. Esta nueva visión de la propiedad altera sustancialmente el punto de vista de su análisis como realidad jurídica. [...]

De este planteamiento se deriva una concreta noción de derecho subjetivo contemplado no en sentido estático, o sea, como simple titularidad, sino desde el perfil dinámico: como ejercicio del derecho, destacando las concretas posibilidades de actuación, así como la realización de determinados valores que se basan en el reconocimiento del derecho de propiedad privada y en un control adecuado de la actuación de los particulares por parte del Estado". BARRAL I VIÑALS, Inmaculada, "Un nuevo concepto de propiedad: la función social como delimitadora del derecho", en *El sistema económico en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 640 y 641.

<sup>14</sup> Al respecto, GAYO DE ARENZANA señala: "[...] se ha entendido la 'función social' como un condicionamiento o límite externo del derecho de propiedad que, [...], afecta a los titulares del derecho de propiedad pero no a éste, al no implicar una modificación sustancial de su condición de derecho subjetivo. Se afirma así que el derecho de propiedad TIENE una función social, pero que NO ES una función social. El derecho de propiedad sigue siendo un derecho subjetivo, al servicio del propietario, pero que no debe lesionar directamente intereses sociales.

[...] Una opinión [diferente], es la que estima que la función social no constituye límite del derecho de propiedad, sino que forma parte integrante de su propio contenido esencial, por cuanto, como dice PÉREZ LUÑO, la propiedad comporta en sí misma una función social, lo que implica que, junto a una serie de facultades, lleve aparejada un conjunto de deberes positivos y negativos. La propiedad no es sólo un derecho subjetivo, sino una



quiera un carácter dual; por una parte, comprendiendo un interés individual (utilidad individual), referido propiamente al derecho subjetivo del titular que se conforma, en términos generales, por el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius disponendi*, propios de la teoría civilista, y, por la otra, un interés colectivo (beneficio social), que condiciona el ejercicio del derecho de propiedad por parte de su titular, lo que en palabras de Barral I Viñals (1994, p. 642) significa que “el propietario sólo está legitimado para percibir las utilidades ‘socialmente neutras’, o sea, las que no supongan un perjuicio para la sociedad, ya sean provenientes de un mal uso, o de una inactividad”.

La inserción de la función social en el derecho de propiedad privada, así como la aceptación de la doble manifestación de este derecho, han sido adoptados expresamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ya desde la citada STC 111/1983, de 2 de diciembre, en el Fundamento Jurídico 8o., el Tribunal hace alusión a la vertiente institucional y a la vertiente individual, refiriéndose al derecho de propiedad como un “derecho subjetivo debilitado”.

Asimismo, en la STC 37/1987 (*parteaguas* del análisis jurisprudencial español del derecho de propiedad), de 26 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de determinados artículos de la Ley 8/1984 de 3 de julio, de Reforma Agraria, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía, detalla la importancia y los efectos de incorporar la función social al derecho de propiedad y califica a ésta (en el Fundamento Jurídico 2o.) de “elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada” o, “como factor determinante de la delimitación legal de su contenido”. Con lo cual, según se indica en la propia sentencia, la CE no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan (tal y como lo dispone el Código Civil) para sal-

situación jurídica en la que confluyen facultades y deberes. En esta línea, PECES-BARBA y DIEZ-PICAZO quien, [...], dice que si bien es cierto que la función social preserva la propiedad en un sistema económico capitalista, también lo es que, en un Estado social y democrático de Derecho, como lo es España, el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad pueden reconocerse la concurrencia de otros intereses distintos y un interés público general”. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 610.

vaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

De esta forma, y dando continuación a lo dispuesto por la STC 37/1987, la propiedad privada debe incluir la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo, de tal manera que la utilidad individual (derivada del conjunto de facultades atribuidas al titular) y la función social (como deberes y obligaciones impuestas al propietario en aras al interés general) definen el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.<sup>15</sup>

La sola inclusión abstracta de la función social, evidentemente, no es suficiente para asegurar el interés de la colectividad respecto del derecho de propiedad; es necesario que dicho concepto adquiera cierto pragmatismo. Si bien, como ha destacado Bassols, las primeras formulaciones sobre la función social (conceptuada como mera proyección externa sobre el derecho de propiedad) se emitían mediante un puro juicio de desaprobación de la conducta del propietario, sin apenas otros instrumentos técnico-jurídicos de reacción que la doctrina del abuso de derecho o la condena de los actos de emulación, no es sino hasta que entra en escena el Estado, en nombre del interés general,<sup>16</sup> y toma a su cargo la misión de concretar y aplicar la función

<sup>15</sup> De manera semejante a lo que dijera el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 37/1987, en su importante sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, que resuelve diversos recursos acumulados de inconstitucionalidad y de conflictos positivos de competencia interpuestos por varias Comunidades Autónomas respecto de la Ley de Aguas, señala: “la fijación del contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo”.

<sup>16</sup> Al decir del citado autor, “[...] esta intervención de la administración pública se opera en nombre del interés general, unas veces apelando a la producción nacional en abstracto (especialmente en los Estados autoritarios), otras a intereses económico-sociales concretos: ordenación de la producción agrícola, la ordenación urbana, forestal, etc. [...] Esta acción permanente de la administración en nombre de los intereses generales

social en relación con las distintas situaciones del derecho de propiedad, cuando dicho concepto empieza a tomar cuerpo sustantivo.

De acuerdo con lo anterior, la CE permite la utilización de varias herramientas que concretizan y hacen realidad la idea de función social. En primer lugar, es de observarse que el propio Ordenamiento Fundamental introduce ciertos preceptos genéricos que nos permiten algunas concreciones respecto de la función social, es decir, que nos permiten conciliar el interés individual tradicionalmente atribuido al derecho de propiedad con las exigencias sociales. Ejemplos de ello los podemos encontrar en el artículo 128.1 de la CE, que subordina la riqueza del país al interés general, con lo cual, siguiendo de nueva cuenta a Bassols (1985, p. 123), se “está indicando que la propiedad en cuanto manifestación de la riqueza del país [...] está condicionada en el proceso productivo económico a las exigencias del interés general”; así como en el Capítulo III del Título I de la Constitución, relativo a los “Principios rectores de la política social y económica” donde se perciben, al decir del mismo autor, una serie más intensa de cláusulas de concreción de la función social.<sup>17</sup>

En este mismo sentido se pronuncia Font Galán (1987, pp. 149 y 150) al indicar que de la propia Carta Magna se deducen algunos

[...] ha ido desplazando el centro de gravedad de la institución de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo aislado hacia una relación o situación jurídica vinculada socialmente y concretada por la acción administrativa, que, si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario —de ahí que pueda hablarse de un contenido esencial o mínimo del derecho—, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento, generando una pluralidad de estatutos o subsistemas en que el derecho de propiedad pierde definitivamente su configuración unitaria tradicional. En la determinación de esta relación jurídica no sólo se tutelan los intereses generales, representados por la administración, sino también una serie de intereses difusos o colectivos que van tomando cuerpo en el desarrollo de la sociedad y que pugnan por su expresión y reconocimiento activo al margen o con independencia de la administración —los llamados ‘contra-derechos’— como son el derecho a la salud, al medio ambiente, la tutela de los consumidores, etcétera”. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, op. cit., pp. 120, 121 y 122.

<sup>17</sup> Sin perjuicio de que hagamos referencia al Capítulo III del Título I de la Constitución con posterioridad, cabe señalar por el momento que los preceptos a los que se refiere BASSOLS concretamente son los siguientes: “la utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2), la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico-cultural y artístico (art. 46), la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47), y la defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores (art. 57.1)”. BASSOLS COMA, Martín, op. cit., p. 123.

criterios de materialización de la función social, criterios que son necesarios para dar concreción técnico-jurídica a la función social y que se identifican, no de manera absoluta ni restrictiva, con gran parte de los principios rectores de la política social y económica previstos en el Capítulo III del Título I de la CE, toda vez que los mismos vienen especificados por la determinación y tutela de intereses sociales concretos que se configuran como exigencias sociales.

El propio Tribunal Constitucional, refiriéndose al derecho a la propiedad agraria en su sentencia 37/1987, insiste en el hecho de que no debe olvidarse que la incorporación de las exigencias sociales a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, haciendo alusión expresa a los artículos 128.1, 40 (que impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa), 45 (que ordena a los poderes públicos para que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva) y 130 (que exige de los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería).

No obstante lo anterior, la regulación del ejercicio del derecho a la propiedad privada y a la herencia de acuerdo con la función social normalmente se le confía a la legislación ordinaria. Como indica Barral I Viñals (1994, p. 645) “[...] es tarea de las distintas leyes especiales perfilar cada uno de los tipos de goce y disposición de acuerdo con la función social, de modo que ésta se concretará en relación a cada forma de propiedad”.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Una cuestión ampliamente comentada por la doctrina y la jurisprudencia es aquella que se refiere al carácter plural del derecho de propiedad. Sobre el particular, GAYO DE ARENZANA establece que la nota distintiva de pluralidad en la propiedad deriva de los posibles objetos del derecho, lo que da origen, a su vez, a las distintas formas de propiedad sometidas a diferentes estatutos jurídicos. Asimismo, comenta que dicha pluralidad de “propiedades” presenta un incuestionable punto de sutura consistente en su común “contenido esencial”, referido a la función social que ha de cumplir cada variedad o tipo de derecho de propiedad, en atención a la disparidad o la desigual categoría de los bienes que constituye el objeto de cada una de ellas. GAYO DE ARENZANA, Luis, op. cit., pp. 601 y 602.

Efectivamente, el legislador está en posibilidad de establecer ciertos límites y condiciones para el ejercicio del derecho a la propiedad privada y a la herencia, sin que por ello se entiendan conculcados dichos derechos, como expresamente lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias 111/1983 y 37/1987, y como se desprende del artículo 53.1 de la CE que permite que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I (que comprenden tanto los derechos y libertades fundamentales como los derechos y deberes de los ciudadanos, dentro de los que se encuentran el derecho a la propiedad privada y a la herencia) sean regulados por ley, pero con la salvedad de que, en todo caso, se respete su contenido esencial, esto es, que el legislador se abstenga de la privación del derecho patrimonial, salvo el supuesto, claro está, de la expropiación legislativa.

Sobre la determinación del contenido esencial de los derechos consagrados por el Capítulo II del Título I, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones. Una de las sentencias más representativas al respecto es la 11/1981, de 8 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, mediante el cual se regula el derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, no sólo por ser la primera en manifestarse respecto del contenido esencial sino porque sienta las bases definitivas, hasta el momento, para su interpretación.

Esta tesis sobre la pluralidad del objeto del derecho y de sus estatutos jurídicos unidos por el contenido esencial que caracteriza al derecho a la propiedad privada y a la herencia se halla expresamente manifestada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre el particular resulta de sumo interés la ya citada STC 37/1987, de 26 de marzo, en la cual se indica: "[...] no es ocioso añadir [...] que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, [...]. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae".

De conformidad con la referida sentencia se pueden seguir dos caminos "complementarios" para la determinación del contenido esencial. El primero de ellos consiste en atender a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, de acuerdo con el cual "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales". El segundo camino posible consiste en tratar de buscar los llamados intereses jurídicamente protegidos, de tal forma que "se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a 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".

Asimismo, el Tribunal Constitucional también se ha manifestado respecto del contenido esencial particularizado al derecho de propiedad, remitiéndose, por supuesto, a las bases sentadas por la STC 11/1981. Así, en la STC 170/1989, de 19 de octubre, que recayó al recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid respecto del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, el Tribunal Constitucional especifica:

la fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben 'delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes'. Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue 'a anular la utilidad meramente individual del de-

recho', o, lo que es lo mismo, el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 C.E., en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho.

Como puede derivarse de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional no establece concretamente el contenido esencial del derecho de propiedad, sino que se limita a vincularlo estrechamente con la función social, dando por supuesto que el interés individual ya forma parte del mismo. Evidentemente el Tribunal omite dar una definición concreta del contenido esencial del derecho de propiedad dado que su característica de pluralidad y de adaptación histórica hace imposible la realización de dicho cometido. Esta imposibilidad se encuentra reconocida tácitamente en la propia sentencia que analizamos al indicar que "los poderes públicos deben delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes".

No obstante tal observación, Díez-Picazo (en ese entonces magistrado del Tribunal Constitucional) se aventura a decir que desde el primer punto de vista del concepto genérico del contenido esencial (esto es, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del derecho) "un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*"; y desde el segundo (el interés jurídicamente protegido), "se llega a la misma conclusión, puesto que si por contenido esencial se entiende aquello que resulta necesario para que resulten protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede ser otro que el derecho subjetivo a percibir los valores en uso, en renta y en venta de los bienes que constituyen su objeto, ya que cualquier otra finalidad que pudiese atribuírsele por disposición legal, privaría al derecho de su condición de 'D. de propiedad' y lo convertiría en concesión enfitéutica o en concesión administrativa, valga de ejemplo".

Sobre el particular llama nuestra atención el hecho de que el comentario emitido por Díez-Picazo se adecua perfectamente a la concepción tradicional del derecho de propiedad proveniente de la doc-

trina civilista (con un marcado carácter individualista), pero deja a un lado el concepto de función social contraviniendo así lo dispuesto en la sentencia 170/1989 que claramente especifica, de conformidad con las más generalizadas tendencias contemporáneas de las sociedades occidentales, que "la fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, [...]".

De esta forma, y siguiendo el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional respecto del contenido esencial de los derechos consagrados en el artículo 33.1 de la CE, el cual es acorde, a su vez, con la concepción dual del derecho de propiedad (su vertiente individual y su vertiente institucional), éste se conforma no sólo por el interés individual (mismo que no puede ser eliminado en su totalidad ya que también es parte integrante del concepto de propiedad privada, de su contenido esencial) sino también por las exigencias sociales y económicas coyunturales que redunden necesariamente en el beneficio colectivo, es decir, que atiendan siempre al interés general.<sup>19</sup>

En segundo lugar, y dando seguimiento a las herramientas que permiten materializar la idea de función social, cabe señalar que uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado, concretamente la administración pública, para materializar la función social determinada en la legislación secundaria es su facultad expropiatoria. El propio artículo 33, en su tercer apartado, establece: "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utili-

<sup>19</sup> Una cuestión muy distinta es la que pudiera darse en la realidad, lejos de lo dispuesto por la teoría constitucional, respecto de la efectiva actuación estatal al concretar o disponer determinadas acciones relativas a la función social en aras del interés general. Sobre el particular, Ernst FORSTHOFF hace un análisis muy interesante de la posibilidad de conversión recíproca del poder de dominación en función social, concluyendo que si bien la función social y la dominación son excluyentes, en principio, toda vez que las funciones del Estado social son funciones de servicio; la sola atribución o configuración del Estado social (del que forma parte importante la función social como elemento constitutivo del derecho de propiedad) hace que la separación de lo social de la esfera de poder y de la lucha por el poder sea de muy difícil realización en la práctica, por el estado de sujeción o dependencia en el que se colocan los ciudadanos. FORSTHOFF, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social" en Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 51 y ss.

dad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

Al respecto podemos observar que tradicionalmente, bajo la égida del liberalismo clásico, la expropiación forzosa tenía una connotación meramente negativa, es decir, de excepción para la privación o supresión del derecho de propiedad, entendido como el conjunto de facultades individuales sobre las cosas; sin embargo, en la actualidad, tal connotación se modifica profundamente a efecto de otorgarle un carácter positivo, mismo que se manifiesta básicamente mediante dos formas: 1. Considerando a la expropiación como una manifestación más del espíritu colectivo que impregna el derecho a la propiedad privada, toda vez que únicamente procede ante una causa de utilidad pública o interés social (consustancial este último a la función social propia del derecho de propiedad), y 2. Otorgándole el carácter de garantía de los intereses económicos privados, al exigirse por el Constituyente diversos requisitos para su procedencia, especialmente el correspondiente a la indemnización por la afectación que supone la expropiación.<sup>20</sup>

Respecto de la primera forma “positiva” de considerar a la expropiación, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado respecto de diversos artículos de la Ley 7/83 mediante la cual se efectúa la expropiación del capital correspondiente al grupo RUMASA, Fundamento Jurídico 13, señala:

La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación

<sup>20</sup> Es importante tener en cuenta que “la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los ‘bienes y derechos’ individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, [...]”, según se indica en la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales.

Por lo que se refiere a la segunda forma de considerar a la expropiación, tenemos que el artículo 33.1 establece tres requisitos mínimos para que la expropiación sea conforme a la Constitución: 1. Que exista una *causa expropriandi*, esto es, que se efectúe por causa de utilidad pública o interés social.<sup>21</sup> 2. Que medie indemnización para la persona afectada. 3. Que se realice de conformidad con lo dispuesto por las leyes, esto es, la garantía del procedimiento expropiatorio.

El segundo requisito, el que medie indemnización, es el que precisamente le otorga a la expropiación forzosa el carácter de garantía de los intereses económicos privados. Si la expropiación forzosa supone, como lo afirma Ojeda Marín (1990, p. 54), la superposición del interés general sobre el interés individual, la única manera de evitar la supresión de éste es mediante una indemnización que compense la pérdida sufrida. Precisamente es la indemnización, siempre y cuando suponga una efectiva compensación, la que permite un punto de equilibrio que evite el ahogamiento del interés individual a costa del interés público. Es este mismo sentido y no otro al que se ha querido referir el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 111/1983, al indicar que el derecho de propiedad “cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, [...], legitima la expropiación”.

Respecto de la naturaleza y conformación o contenido de la indemnización el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en la sentencia 166/1986 antes comentada, en el sentido de que la indemnización no requiere de ser previa al no exigirse de manera expresa por el texto constitucional, aunque tal característica sí puede ser adoptada por el legislador; pero en todo caso siempre será necesario que me-

<sup>21</sup> De conformidad con GAYO DE ARENZANA, la utilidad pública resulta de la necesidad del adecuado funcionamiento de las actividades y servicios públicos, mientras que el interés social, consustancial a la función social, se identifica con cualquier tipo de interés prevalente al individual del propietario. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 615.

die una indemnización ante el supuesto de la expropiación. Asimismo, la sentencia en comento indica que “la indemnización deberá corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derecho expropiados [...]” De esta forma, “la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación”.

Por tanto, aun cuando el derecho a la propiedad privada puede verse directamente afectado por la ejecución de una expropiación forzosa, sea por causa de utilidad pública o interés social, la afectación al interés individual no debe ser absoluta debido a la exigencia constitucional de una indemnización. Esta situación nos autoriza a considerar a la expropiación, no como mera privación o supresión del derecho de propiedad, sino como una institución de garantía para los intereses económicos privados (por supuesto, siempre y cuando la indemnización corresponda efectivamente al valor “real” de la pérdida) que permite, a su vez, conciliar posibles tensiones entre el interés individual y el interés de la colectividad.<sup>22</sup>

Ahora bien, una vez que hemos sustentado el carácter dual de la propiedad privada, poniendo énfasis en su reciente vinculación a las

<sup>22</sup> Una situación diferente es la que se desprende del artículo 132 constitucional, de conformidad con el cual algunos bienes son del dominio público, existiendo también la posibilidad de que el legislador les otorgue tal carácter mediante su demanialización. Sin embargo, la afectación a los derechos subjetivos patrimoniales importaría, en su caso, cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 33 constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho, en su sentencia 227/1988: “la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes. Antes bien, el art. 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros”. Sin embargo, “[...] Es cierto que aquella potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares [...]”. Ahora bien, el propio Tribunal reconoce que aun cuando la demanialización sea proporcional y necesaria, pero que suponga el “despojo de situaciones jurídicas individualizadas”, sería necesario cumplir con las garantías otorgadas por el artículo 33.3 de la CE.

exigencias sociales, se hace necesario atender, aunque sea de manera breve, las garantías que el propio Ordenamiento Fundamental le concede al derecho a la propiedad, ya que ello nos permitirá colegir los límites a los que se encuentra sujeto el Estado al momento de confrontar el interés particular (propio del derecho de propiedad en su concepción tradicional) con el interés social.

Al respecto, es necesario destacar que el artículo 53 constitucional, vértice de las garantías otorgadas a las libertades y derechos fundamentales, establece diversos grados de protección según se trate: 1. De los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, dentro de los que se comprenden tanto los derechos fundamentales y las libertades públicas como los derechos y deberes de los ciudadanos, correspondiendo el derecho a la propiedad privada y a la herencia a estos últimos (art. 53.1). 2. De los derechos fundamentales y libertades públicas, así como del artículo 14 (igualdad ante la ley), con exclusión de los derechos y deberes de los ciudadanos, previstos por la Sección Segunda del Capítulo II (art. 53.2). 3. De los principios rectores de la política social y económica, previstos en el Capítulo III (art. 53.3). Como es de suponerse, la mayor protección constitucional le corresponde a los derechos fundamentales y las libertades públicas, incluido el derecho previsto por el artículo 14; en segundo término se encuentran los derechos y deberes de los ciudadanos y, finalmente, tenemos a los principios rectores de la política social y económica.

Por el momento veamos las garantías que el citado precepto constitucional dispone para el derecho a la propiedad privada y la herencia, sin perjuicio de atender con posterioridad a la clasificación prevista por el artículo 53 constitucional, según sea el caso.

Sobre el particular, el artículo 53.1 de la CE dispone: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título [dentro de los que se encuentran los derechos que consagra el artículo 33] vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a) [que se refiere al recurso de inconstitucionalidad contra leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley]”. De esta forma, la garantía consagrada por el artículo 53.1 de la CE respecto del derecho a la propiedad privada y a la herencia se concreta en los siguientes aspectos:

- 1o. Vincula a todos los poderes públicos. Esto debe entenderse como la vinculación del Estado, entendido en su globalidad, las Comunidades Autónomas, las Provincias y los Municipios, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias.
- 2o. Su ejercicio sólo puede regularse por ley. Esto significa que sólo mediante ley en sentido formal puede regularse el ejercicio de estos derechos. Pero además, en una interpretación conjunta con el artículo 33.2 de la CE que establece que "la función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes", esta garantía resulta aplicable, al decir de Gayo de Arenzana (p. 607), no sólo a la regulación del ejercicio del derecho a la propiedad y a la herencia sino también a la conformación del contenido de estos derechos, esto es, a la concretización de la función social.<sup>23</sup>
- 3o. Como se desprende de lo expuesto anteriormente, el contenido esencial del derecho a la propiedad privada y a la herencia también constituye un límite para la actuación gubernamental. Las leyes que se emitan a efecto de regular el ejercicio del derecho de propiedad no pueden desnaturalizarlo, hacerlo impracticable, dificultarlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Esto tiene una relevancia muy pro-

<sup>23</sup> Según GAYO DE ARENZANA, PÉREZ LUÑO invoca los artículos 81.1 y 86.1 de la CE, relativos a la exigencia de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y a la prohibición de regular las materias concernientes a los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la CE, respectivamente, en favor de la exigencia de una norma jurídica con rango de ley formal para regular el estatuto de la propiedad privada. Por su parte, DÍEZ-PICAZO se inclina por una solución menos estricta al indicar que la delimitación del contenido de la propiedad privada si bien ha de realizarse mediante norma jurídica con rango de ley formal ordinaria —no orgánica—, puede la administración completar, a través de reglamentos ejecutivos aquella regulación. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 608.

Esta última postura es la que ha adoptado el Tribunal Constitucional según se desprende de sus sentencias 111/1983 y 37/1987, así como de la sentencia 83/1984 de 24 de julio, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia respecto de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de conformidad con la cual el significado último del principio de reserva de ley es "el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador".

- nunciada para los efectos de nuestro estudio, ya que el Estado (a través de su función legislativa) puede someter al derecho de propiedad a ciertas condiciones o exigencias en atención a su función social, pero en ningún momento podrá, sin peligro de atentar contra el sistema jurídico constitucional, suprimir o privar a los particulares de las utilidades individuales que caracterizan a toda forma de propiedad privada,<sup>24</sup> ya que éstas también forman parte del contenido esencial de la misma (en su vertiente individual), a menos, claro está, que la privación vaya acompañada de la indemnización correspondiente y que se efectúe por una causa de utilidad pública o interés social, caso en el cual nos encontraríamos ante un supuesto distinto al de la mera regulación o delimitación del contenido o del ejercicio de un derecho.
- 4o. Se encuentra tutelado por el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, previsto por el artículo 161.1. a) de la Constitución.

Las garantías con que cuenta el derecho a la propiedad privada según lo dispuesto por el artículo 53.1 de la CE, constituyen lo que podríamos denominar "garantías de segundo grado" frente a la mayor protección concedida por el artículo 53.2 a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, incluida la igualdad ante la ley (art. 14), toda vez que aquéllas no cuentan con la protección del juicio de amparo ni por los principios de preferencia y sumariedad que deben de informar los procedimientos seguidos ante los Tribunales Ordinarios.

Esta distinción resulta muy significativa ya que nos permite observar una vez más cómo el derecho a la propiedad privada se distancia de su concepción original, como un derecho fundamental,<sup>25</sup> in-

<sup>24</sup> En la STC 37/1987 se reconoce expresamente la imposibilidad de "anular la utilidad meramente individual del derecho" ante la incorporación de las exigencias sociales en el contenido del derecho de propiedad. Por tanto, "la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por [el]... Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada [...]".

<sup>25</sup> La naturaleza jurídica del derecho a la propiedad privada ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina constitucional. Al respecto, algunos autores se han manifestado en

violable y sagrado, para dar paso a los valores o exigencias sociales imperantes en un determinado momento histórico, de forma tal que la propia concepción del derecho a la propiedad privada adquiere un carácter dual; por una parte, se conforma por el derecho subjetivo de los individuos sobre las cosas y, por la otra, por su función social.

Así las cosas, podemos concluir nuestras reflexiones en torno a la propiedad privada (y de forma extensiva a la herencia) destacando que la forma actual de concebir este derecho patrimonial indudablemente genera cierta tensión entre el derecho subjetivo sobre las cosas (el interés particular) y las exigencias sociales (el interés general); tensión que, desde el punto de vista que nos interesa, nos permite observar cómo la denominada Constitución económica, cuya configuración incluye de manera indefectible el derecho de propiedad privada, sólo puede entenderse dentro del contexto del Estado de Bienestar. Lo cual, en otras palabras, nos autoriza a afirmar que la Constitución económica se rige por la constante necesidad de buscar un equilibrio entre la salvaguarda de los intereses individuales, que en términos económicos se consigue a través del criterio de "eficiencia económica" y el incremento de la "utilidad individual", y otros criterios, dentro de los cuales ocupa un lugar preponderante la justicia social.

## 2. La libertad de empresa

El artículo 38 de la CE, ubicado de igual forma que el derecho a la propiedad privada y a la herencia en la Sección Segunda "De los

sentido afirmativo, tal es el caso de PÉREZ LUÑO, citado por GAYO DE ARENZANA, de conformidad con el cual el derecho de propiedad tiene cabida en la categoría de derechos fundamentales, tanto por la razón positivista de su inclusión en el Título I, que trata *De los derechos y deberes fundamentales*, como en función de los instrumentos de garantía, formales y materiales, que arbitra la propia Constitución, siendo de especial relevancia la permisión del recurso de inconstitucionalidad contra toda ley que no respete el contenido esencial de la propiedad privada. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 599.

Pero frente a esta opinión afirmativa, otro importante sector de la doctrina constitucional, MONTES, DÍEZ-PICAZO, GARCÍA PELAYO, por citar algunos de los mencionados por GAYO DE ARENZANA (incluyéndolo a él), se manifiestan en sentido negativo. De conformidad con éstos, el derecho de propiedad y, por ende, el derecho a la herencia, no participan de la condición de derechos fundamentales *strictu sensu*, puesto que, a diferencia de éstos pueden ser objeto de regulación por ley formal ordinaria (art. 81.1 de la CE), sin exigirse a ésta el rango de ley orgánica; tampoco su eventual desconocimiento o infracción permite un amparo directo ante el Tribunal Constitucional, al estar atribuida su protección y amparo a los Tribunales Ordinarios.

derechos y deberes de los ciudadanos" en el Capítulo II "Derechos y Libertades" del Título I "De los derechos y deberes fundamentales", dispone lo 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.

Hay quien ha querido ver en esta disposición constitucional la consagración del sistema de economía de mercado en oposición al sistema centralmente planificado,<sup>26</sup> por la simple alusión que se hace al mismo; sin embargo, como ya lo hemos indicado, gran parte de la doctrina constitucional comparte la idea de que la CE no sanciona un sistema económico en concreto sino que tan sólo garantiza la existencia de determinados elementos que permiten la actuación conjunta del mercado y del Estado.

En el caso que nos ocupa, la libertad de empresa, es evidente que el Constituyente lo que pretende es garantizar la existencia de la iniciativa económica privada dentro de ciertos parámetros (la economía de mercado), pero sin excluir de manera tajante la intervención pública, como lo iremos desentrañando a lo largo de este subapartado.

De conformidad con Bassols (1985, p. 137), la libre empresa a que se refiere el artículo 38 de la CE y la libre iniciativa económica privada son sinónimos no sólo porque en el Anteproyecto de la Carta Fundamental se aludía expresamente a la iniciativa económica privada (en sustitución de la libertad de empresa), sino, además, porque de otra forma no tendría razón de ser la mención expresa de la iniciativa económica pública en el artículo 128.2 constitucional.

<sup>26</sup> Un ejemplo de la exacerbada importancia que se le concede al artículo 38 constitucional lo constituye BAENA DEL ALCÁZAR, de conformidad con el cual: "El precepto es verdaderamente fundamental, ya que de él y de su encuadramiento se deducen el fundamento del sistema económico y de su regulación. Ante todo en él se contienen dos cuestiones básicas: "la libertad de empresa" y la "economía de mercado". [...] El modelo económico constitucional es el de la economía de mercado, con todas las consecuencias que ello tiene para la política económica, pero además la libertad de empresa (aunque no sea ilimitada ni absoluta [...]) es la auténtica piedra de toque del sistema, ya que en ella estriba la principal diferencia entre la economía de mercado y la de dirección central". BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "La ordenación del mercado interior", en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *op. cit.*, p. 209.



En un sentido similar se pronuncia Díez-Picazo en su Voto Particular emitido respecto de la STC 49/1988, de 22 de marzo, relativa a diversos Recursos de Inconstitucionalidad formulados en contra de la Ley 31/2985 de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, al indicar que si bien el artículo 38 no debe ser interpretado en forma restrictiva (ya que en la sentencia se decía que aquél sólo era aplicable a las empresas privadas que persiguieran fines de lucro), es evidente que tiene por objeto la existencia de agentes económicos de carácter privado.

Esta identificación de la libertad de empresa con la existencia de la iniciativa económica privada nos lleva a su vertiente personal, esto es, a su naturaleza de derecho subjetivo oponible a terceros y muy especialmente a los poderes públicos.

En la actualidad la cuestión de si el artículo 38 consagra un verdadero derecho subjetivo no genera mayores discusiones; por el contrario, es aceptada casi por unanimidad.<sup>27</sup> El problema real radica en la determinación del contenido "esencial" de ese derecho subjetivo. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional, aun cuando se ha pronunciado tempranamente respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales al interpretar el artículo 53 constitucional (en la STC 11/1981), como ya lo hemos visto, no lo ha hecho de manera específica por lo que se refiere a la libertad de empresa. Incluso, en la ya comentada STC 37/1981, se negó expresamente a hacerlo por considerar que no era materia del recurso.

El Tribunal Constitucional dispuso: "No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución [...], corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación. No es, sin embargo, un problema de este género el que el presente recurso suscita, pues no se sostiene en él que la Ley del Parlamento Vasco que con él se impugna no respete el contenido esencial de la libertad de empresa,

<sup>27</sup> Díez MORENO hace un análisis específico de la consideración de la libertad de empresa como derecho subjetivo y concluye que participa con absoluta convicción de la tesis que así la conceptúa. Díez MORENO, Fernando, "Libertad de empresa e iniciativa en la actividad económica", en *El sistema económico en la Constitución española*, op. cit., pp. 219 y ss.

sino sólo que tal ley vulnera la garantía formal de tal libertad, esto es, la reserva de ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución. [...] 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 art. 128 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del art. 131 [...]"

No obstante lo anterior, el propio Tribunal Constitucional ha ido dando ciertos elementos, aunque de manera parcial e inconexa, que permiten un acercamiento a la configuración de la libertad de empresa desde su vertiente personal. Así, se ha pronunciado respecto del acceso a la actividad empresarial, del ejercicio de las actividades económicas (sometido a ciertos límites) y de la irrupción o aparición del sector público en el mercado, que, al decir de Entrena Cuesta (1981, pp. 158 y ss.), conforman los tres ámbitos o dimensiones en los que se proyecta el principio de libertad de empresa y que, por ende, nos permiten un acercamiento a su contenido esencial.

Un claro ejemplo de la posición adoptada por el Tribunal Constitucional respecto de estos ámbitos (concretamente por lo que hace al acceso a la actividad empresarial y al ejercicio de las actividades económicas), lo encontramos en la sentencia 83/1984, de 24 de julio, en la cual dicho órgano jurisdiccional, después de evidenciar que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado respecto de cada actividad empresarial concreta, destaca que el artículo 38 no implica "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 [relativo a la libre elección de profesión u oficio] y 38".

El mismo criterio es ampliado por la importante STC 225/1993, de 8 de julio, en la que se resuelven diversos recursos y cuestiones de inconstitucionalidad promovidos, entre otras cosas, respecto de las limitaciones a los horarios de apertura y cierre de establecimientos comerciales previstas por la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales y que opera-

ban en franca oposición a la plena libertad en la actividad comercial para la fijación de horarios y días laborables prevista por un Real Decreto-ley de carácter previo. En dicha sentencia, el Tribunal sostuvo que “de la decisión que se acaba de mencionar [precisamente la STC 83/1984 arriba citada] se desprende con claridad tanto un límite negativo como otro positivo del derecho de libertad de empresa; constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, “el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”.<sup>28</sup>

De manera sucinta pero muy precisa, la STC 227/1993, de 9 de julio, relativa a la Ley catalana sobre equipamientos comerciales (que va en muy estrecha relación con la impugnación formulada respecto de su homóloga, la Ley valenciana) reitera que “la libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, [...]”.

De la jurisprudencia analizada podemos puntualizar que el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo un verdadero derecho subjetivo para crear empresas, gestionarlas y dirigir las de acuerdo con

<sup>28</sup> Díez-PICAZO, en su Voto Particular respecto de la sentencia 49/1988, antes comentado, afirma: “[...] la libertad de empresa no es sólo la libertad de fundación de empresas, sino también la titularidad del poder de autoorganización y de decisión”. Postura que se adecua a la doctrina constitucional más generalizada. Díez-PICAZO, Luis, “Propiedad y Constitución”, en L. SÁNCHEZ AGESTA (coord.), *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Madrid, Edersa, 1977.

las reglas propias del mercado, pero siempre dejando las puertas abiertas al legislador ordinario para ordenar el mercado mediante el establecimiento de ciertos límites o condiciones que, con carácter enjuiciable, atiendan al interés general.

Evidentemente esta facultad que el máximo intérprete de la Constitución le reconoce al legislador no nos impide destacar que, al igual que lo que sucede con los derechos a la propiedad privada y a la herencia, es la propia Carta Fundamental la que contempla la posibilidad de limitar la libertad de empresa, como se desprende, por una parte, del artículo 10. (que configura a la nación española como un Estado social y democrático de derecho) en relación con el 128.1 (que subordina la riqueza de todo el país al interés general) y que al decir de Balado (1994, p. 58), constituye una “declaración solemne de la preeminencia del bien común y del interés general sobre el particular” en el campo económico; y, por la otra, de los diversos preceptos que constitucionalizan el reconocimiento y tutela de diversos intereses sociales y que, a su vez, implican la concreción de la función social del ejercicio de la libertad de empresa.<sup>29</sup>

Aunado a lo anterior, el propio artículo 38 incluye la posibilidad de que los poderes públicos establezcan límites o condicionen a la libertad de empresa, al señalar textualmente que “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”.

<sup>29</sup> De conformidad con FONT GALÁN, los intereses sociales consagrados por el texto constitucional que materializan la función social del ejercicio de la libertad de empresa son, de manera enunciativa mas no limitativa, el interés de la familia a su protección económica (art. 39.1), el interés de las clases económicamente débiles a una más equitativa distribución de la renta y la riqueza (art. 40.1), el interés de los trabajadores a la consecución del pleno empleo (art. 40.1), y a un puesto de trabajo dentro del territorio nacional (art. 42), el interés de las Comunidades Autónomas a una más equitativa distribución de la renta regional (art. 40.1), los intereses legítimos de carácter económico de los consumidores y usuarios (art. 51.1) y los intereses generales que justifican que el Estado proceda a planificar la actividad económica general (art. 131.1). A esta enumeración nosotros agregaríamos los intereses sociales que se encuentran protegidos tanto por el artículo 45 constitucional (que reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber a conservarlo, para lo cual los poderes públicos pueden introducir ciertas limitaciones o condiciones a la iniciativa pública privada) como por el artículo 130 (que hace referencia a los sectores económicos y, en particular, a los de agricultura, ganadería, pesca y artesanía). FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

Ciertamente, siguiendo a Font Galán (1987, p. 127), las limitaciones que podrían derivarse de este precepto no sólo aparecerían como ingredientes necesarios para la efectividad de la libertad de empresa (para garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad), sino también como factores externos que condicionan esa misma libertad (atendiendo a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación), en aras de otros intereses generales.

De esta forma, continuando con el citado autor, el artículo 38 de la CE no se limita a consagrar simple y categóricamente el principio de la libertad de empresa como derecho absoluto del ciudadano, sino que se encuentra impregnado por una vertiente institucional o socializada “en la medida en que la libertad de empresa sólo se garantiza y protege por los poderes públicos si se ejercita “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación”, lo que supone que el ejercicio libre de las actividades económicas ha de estar preordenado a la realización de una utilidad económica y social (‘defensa de la productividad’), [...]”.

Las ideas anteriormente apuntadas quedan reseñadas mediante la cita textual de uno de los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 4o.) en su sentencia 227/1993, de 9 de julio:

[...] conviene recordar que es la propia Constitución, en el mismo precepto [art. 38], la que condiciona el ejercicio de esa libertad a ‘las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación’. Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero, además, en un Estado social y democrático de derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, fundamento jurídico 4). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos.

Ahora bien, quizá el precepto constitucional que mayor impacto tiene respecto de la libertad de empresa consagrada por el artículo 38 es precisamente el artículo 128.2 de la CE (ubicado en el Título VII, “Economía y Hacienda”), de conformidad con el cual:

Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Como puede observarse, el artículo 128.2 constitucional entraña la posibilidad de intervención del poder público en la actividad empresarial (o, de manera más general, en la actividad económica), mediante tres formas distinguibles: la iniciativa pública, las reservas al sector público de ciertos recursos o servicios esenciales (nacionalización) y la intervención de empresas.

La primera de ellas, la iniciativa pública, supone la posibilidad de que el Estado cree empresas en concurrencia con los particulares. Esta posibilidad de que concurren tanto el sector privado como el sector público en el mercado ha generado arduos debates en la doctrina constitucional ya que según se defienda su carácter limitado o ilimitado e incondicional se estará definiendo un sistema económico determinado. De ahí que algunos autores, como es el caso de Ariño (1981, p. 93), lleguen a afirmar que la iniciativa pública debe tener un papel estricto y secundario, ya que de lo contrario su reconocimiento genérico, sin cortapisas, supondría una cierta contradicción con el artículo 38.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Entre los autores que sostienen, al igual que ARIÑO, que la iniciativa económica pública tiene un carácter secundario y limitado especialmente por su emplazamiento y su función finalista, se encuentra, por citar un ejemplo, BALADO, quien sostiene que “[...] la creación de una empresa pública no puede compararse a la de una empresa privada, ya que la financiación con cargo a fondos públicos y su génesis en un acto jurídico público de la administración, exige la tan repetida justificación, proporcionada a los fines a los que deben servir todos los poderes públicos. Esto nos lleva a concluir que la iniciativa económica pública, por suponer una intervención de los poderes públicos en el marco de la economía de mercado desde presupuestos que difieren del resto de los competidores privados, debe tener carácter restrictivo y secundario, habilitada sólo por las “exigencias de la economía general” y, por ende, fundada en el interés general y social a que deben servir todos los poderes públicos. [...] La posición que venimos manteniendo, bien podría calificarse como tributaria, entre otros, del conocido principio de subsidiariedad”. BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

Lo cierto es que el alcance que pudiera otorgársele a esta previsión constitucional admite muy diversos argumentos que hacen posible defender tanto una postura intervencionista, aunque nunca con exclusión absoluta de los particulares, como una que no lo sea,<sup>31</sup> pero, en todo caso, en lo que sí hay coincidencia es en la necesidad de que la iniciativa pública se encuentre debidamente justificada en la presencia de un interés general.<sup>32</sup>

La postura contraria, es decir, aquella que considera que la CE sanciona un principio de coiniiciativa económica pública y privada, es sustentada, entre otros, por COTARELO, según el cual "De la interpretación conjunta de los arts. 38.1 y 128.2 deriva el principio de coiniiciativa económica pública y privada. Principio que viene a sustituir al de subsidiariedad de la acción pública. La iniciativa pública en economía no ha de suplir las insuficiencias o ausencias de la iniciativa privada en ciertos sectores. [...] El plano de igualdad en que la Constitución sitúa a la empresa pública y a la empresa privada, no queda afectado por la separación de ambos artículos. La iniciativa privada está considerada en términos de derecho de libertad —lo que obliga a su inclusión en el Título I—, mientras que la iniciativa pública —que obviamente no puede tener esa consideración— se incluye, por razones de sistemática, en el Título VII."; COTARELO GARCÍA, Juan, *op. cit.*, p. 151, así como por FONT GALÁN, quien dice: "[...] la Constitución económica se monta sobre la base de dos principios que participan de la misma naturaleza y cuyo juego se halla constitucionalizado en régimen de igualdad: el principio de la libertad de empresa de los ciudadanos (empresarios privados) consagrado en el artículo 38, y el principio de libertad de 'iniciativa pública en la actividad económica' (art. 128.2). [...] La intervención directa del Estado, como empresario en la organización de actividades económicas, no es ya consecuencia de un deber de subsidiariedad, sino fruto del ejercicio de un derecho que le atribuye el reconocimiento de la libertad de iniciativa pública en la actividad económica. Así, pues, los ciudadanos y el propio Estado se hallan en un mismo pie de igualdad a la hora de organizar empresas y acceder al mercado, salvo en caso de que 'mediante ley se reserve al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio', como excepción a la regla del art. 128". FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 160.

<sup>31</sup> Participamos de la idea de DÍEZ MORENO, en el sentido de que "No es posible determinar si la iniciativa pública en la actividad económica que reconoce el art. 128.2 de la Constitución, es prioritaria, subsidiaria o alternativa respecto de la libertad de empresa reconocida en el art. 38. Múltiples razonamientos pueden avalar cualquiera de las soluciones". DÍEZ MORENO, Fernando, *op. cit.*, p. 237.

<sup>32</sup> De conformidad con BASSOLS: "[...] mientras el artículo 38 reconoce la iniciativa y libertad económica de los particulares, siendo indiferente para el orden constitucional, dentro del ámbito de lo lícito, las motivaciones y los objetivos perseguidos, para los sujetos públicos todas las actuaciones, tanto las que se ejercen por vía de autoridad como empresarialmente, deben estar justificadas en función de los intereses públicos concurrentes (art. 103 de la Constitución). La vinculación al interés público de las actuaciones empresariales públicas no sólo deriva de los fines a cumplir —constitucionalmente son amplísimos con la posibilidad siempre de apelar a la cláusula general del artículo 9.2 ('promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud')— sino de la ponderación de los medios a emplear cuantitativamente y cuali-

Por lo que se refiere a la segunda forma de actuación gubernamental que contempla el artículo 128.2 constitucional, esto es, las reservas al sector público de "recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio", cabe decir que supone la exclusión de la iniciativa económica privada en el ejercicio de una actividad por razones de interés público.

Precisamente porque las reservas al sector público importan la sustracción total de determinados recursos o servicios del ámbito privado, lo que supone una verdadera restricción al régimen de libertad previsto por el artículo 38 y, en algunos casos, también a la propiedad privada, la Constitución prevé mayores requisitos que para la simple materialización de la iniciativa pública. Así, del propio artículo 128.2 se desprende que los requisitos inherentes a las reservas del sector público son los siguientes:

1. Que se trate de recursos y servicios esenciales. Si bien, tal como lo afirma Ariño (p. 103), la esencialidad o no esencialidad de los recursos o servicios no puede definirse apriorísticamente, sino que es necesario atender a cada caso concreto<sup>33</sup> (cuya interpretación debemos conexasarla con el interés general que legitima la actuación gubernamental), el otorgamiento de este carácter, normalmente efectuado por el Parlamento, se hace indispensable para que determinada actividad o sector económico se sustraiga del ámbito privado.

Al respecto cabe decir que el artículo 128.2 añade a la exigencia de que se trate de recursos o servicios esenciales las palabras "especialmente en caso de monopolio". Esta expresión no significa, como lo reconocen la mayoría de los autores, una exigencia más para la

tativamente ya que el artículo 31.2 impone que 'el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderá a los criterios de eficiencia y economicidad'. La economicidad de la gestión aparece constitucionalmente como un imperativo para la justificación y actuación de la empresa pública. A mayor abundamiento, el artículo 38 no sólo reconoce la libertad de empresa, sino que proclama que los poderes públicos 'garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad', directriz que apunta a impedir una actuación económica pública sustitutoria irreflexiva y sin ponderación de las posibilidades de la iniciativa privada". BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico, op. cit.*, pp. 171 y 172.

<sup>33</sup> La dificultad de definir *ex ante* la esencialidad de un servicio o recurso también se ha puesto de manifiesto por el magistrado don José GABALDÓN LÓPEZ en su Voto Particular emitido en razón de la STC 127/1994, de 5 de mayo, por la que se resuelve sobre la constitucionalidad de la Ley de Televisión Privada.

procedencia de las reservas al sector público, sino simplemente una causa adicional justificativa. En otras palabras, mientras el requisito de esencialidad sí es determinante para atribuir determinados recursos o servicios al gobierno, la existencia de un monopolio por sí solo no es suficiente para realizar dicha atribución aun cuando su presencia refuerza los argumentos para llevarla a cabo.<sup>34</sup>

2. Que la reserva se efectúe por ley. Esta exigencia se desprende del propio artículo 128.2 y no propiamente de la reserva de ley exigida por el artículo 53 constitucional, aunque es evidente que las nacionalizaciones pueden afectar la libertad de empresa especialmente cuando se efectúan sobre actividades o recursos que de hecho ya ejercen o utilizan los particulares.

La doctrina constitucional generalmente coincide en que la exigencia de ley opera para cada caso concreto. Las diferencias se presentan cuando se trata de indicar la naturaleza del acto legislativo. Algunos sostienen que las nacionalizaciones podrían requerir una ley orgánica, como es el caso de Ariño (p. 101), mientras que otros,

<sup>34</sup> Una interpretación relativamente diferente a la que hemos manifestado es la que sostiene ARIÑO, de conformidad con el cual "[...] el mero hecho de monopolio no es causa suficiente para declarar la reserva (lo que difiere del texto primitivo de la ponencia constitucional y el de la Constitución italiana en que aquélla se inspiró), sino que aquélla requiere siempre la calificación previa de 'servicio o recurso esencial'; la existencia de un monopolio de hecho en sectores no esenciales deberá ser combatida por otros medios (la aplicación de legislación antimonopolio, una política arancelaria que consiga romper el monopolio de la oferta o incluso la 'iniciativa pública', esto es, la creación de empresas públicas en el sector), pero no habilitará nunca —sería anticonstitucional— para declararlo 'sector reservado'. Por lo demás, digamos que recursos o servicios que podrían ser calificados de 'esenciales' [...] pero que no constituyen monopolio, sino que están correctamente explotados por el sector privado en régimen de mercado, no deben ser tampoco declarados tales, porque ello sería atentar contra el principio general (no se olvide que la reserva es la excepción) del art. 38. En resumen, que la declaración de reserva exigirá ordinariamente ambas notas tipificadoras conjuntamente [que sean esenciales y monopolios]". ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "La empresa pública", en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *op. cit.*, p. 103.

Por otra parte, es de observar que en opinión de BASSOLS, las reservas al sector público no constituyen una institución destinada a combatir las prácticas monopolistas, toda vez que "[...] la cualificación de la situación de monopolio en el marco del artículo 128.2 sólo podría jugar a efectos de aquellos recursos y servicios esenciales que por causas de la naturaleza o del estado de la técnica dan lugar a una restricción de la oferta y, por tanto, son meramente monopolios de hecho o naturales, quedando marginados del precepto legal los ocasionados por la voluntad de los productores y aquellos de naturaleza legal que no responden a la nota de esencialidad [...]". BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

tales como Bassols (1985, p. 196) y Balado (1994, p. 61), a los que nos unimos, niegan dicha exigencia en virtud de que el artículo 81.1 no incluye esta materia. En cualquier caso, sea o no necesaria la presencia de una ley orgánica, lo que sí es muy claro es que la referencia a la ley en el artículo 128.2 hay que entenderla como "reserva absoluta de ley", esto es, como ley votada por las Cortes Generales y, por ende, con exclusión de los Decretos-ley, debido a que, como indica Bassols (p. 196), "las reservas de recursos y servicios afectan al contenido esencial del derecho de libertad de empresa [...], suponen para todo un sector o categoría la exclusión de la gestión privada de los mismos".

La tercera forma de actuación gubernamental prevista en el artículo 128.2 corresponde a la intervención pública en las empresas, lo que implica la gestión y dirección por parte de la administración pública de las empresas privadas, sin que se adquiriera, al menos en principio, la titularidad del capital social.

Sobre el particular cabe mencionar que aun cuando el citado precepto constitucional no lo dice expresamente es generalmente aceptado por la doctrina constitucional (y también se desprende de la práctica) que dichas intervenciones tienen un carácter excepcional y transitorio.<sup>35</sup> Al decir de Ojeda Marín (1990, pp. 58 y 59), su puesta en funcionamiento puede obedecer a situaciones de emergencia, casos de fuerza mayor o a la necesidad de mantener la continuidad de servicios indispensables para la sociedad, pero eso sí, tal como lo manifiesta el precepto en comento, siempre en atención al interés general.

Al igual que lo que sucede con las reservas al sector público de recursos o servicios esenciales, el propio artículo 128.2 constitucional establece que la intervención de empresas debe de efectuarse por ley, por lo que los comentarios emitidos al respecto se hacen extensivos para esta institución.

Así las cosas, podemos observar que las tres formas de intervención pública previstas por el artículo 128.2 suponen una necesaria

<sup>35</sup> Según BALADO: "La interpretación de esta facultad debe ser, [...], restrictiva, siendo posible su utilización cuando el interés general, previamente acreditado, así lo reclame; y deberá cesar, cuando las razones que motivaron su ejercicio desaparezcan, para evitar una injustificada e inconstitucional lesión del derecho reconocido en el art. 38". BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, *op. cit.*, p. 65.

alteración al principio de libre empresa (entendida como libre iniciativa privada), por lo que cada una de ellas no sólo se encuentra sujeta a los requisitos específicos a que nos hemos referido, dentro de los que destaca la exigencia de un interés general que legitime la actuación gubernamental, sino que además deben de ser interpretadas a la luz del propio artículo 38 y de las garantías constitucionales con que éste cuenta. Dichas garantías coinciden con las del derecho a la propiedad privada, previstas por el artículo 53.1 de la CE, debido a su misma ubicación en la Constitución.

De esta forma, la libertad de empresa, al igual que los derechos a la propiedad privada y a la herencia, todos considerados derechos de contenido económico (conformadores de la denominada Constitución económica), se encuentra sujeta a límites en los que se advierte, asimismo, el pleno reconocimiento a la presencia gubernamental, lo cual nos lleva a concluir de nueva cuenta que en la CE se hace patente el distanciamiento respecto del planteamiento tradicional de la teoría liberal, pues la idea de una colectividad se superpone a la protección individual, siendo una de las características esenciales de todo Estado social de derecho.

### 3. La libertad de elección de profesión u oficio

De conformidad con Pérez Royo (2000, p. 557), la libertad de profesión u oficio, consagra “[...] un derecho de vieja tradición liberal, que fue muy importante en los orígenes del Estado constitucional, ya que con él se venía a poner fin jurídicamente al sistema gremial característico del Antiguo Régimen”.<sup>36</sup>

En el sistema constitucional español dicha libertad se encuentra prevista en el artículo 35.1 de la CE, ubicado, al igual que los derechos y libertades mencionados con anterioridad, en el apartado correspondiente a los “derechos y deberes de los ciudadanos” y de acuerdo con el cual:

<sup>36</sup> Respecto de la relación entre la libertad de profesión u oficio y el gremialismo resultan recomendables las reflexiones vertidas por VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, “La libertad constitucional del ejercicio profesional”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 1376 a 1378.

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo.<sup>37</sup>

En una interpretación literal del precepto constitucional citado podría derivarse que el Constituyente no garantiza propiamente el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sino la posibilidad de elegirlo en libertad. Tal es, efectivamente, la postura adoptada por Tolivar Alas (1991, pp. 1337 y ss.) al indicar que existe una separación tajante entre el derecho a elegir libremente la profesión u oficio y el ejercicio de cada actividad concreta. Así, el citado autor (p. 1341) señala que “El derecho consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución de 1978 se limita obviamente a reconocer esa facultad de elección entre lo que es lícito y no a potenciar el que cualquier actividad sea realizable por todos”.

Esa misma postura ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 83/1984, de 24 de julio, anteriormente comentada, de conformidad con la cual “el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, [...], cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden”.

Sin embargo, yendo todavía más allá, Tolivar Alas (p. 1350), siguiendo con la distinción entre la facultad de elegir la profesión u oficio y su ejercicio, ha mencionado que la libertad de elección propiamente dicha no encuentra más limitación que la “fuerza impediende de la realidad” (o, si se prefiere, las razones de estricta organización),<sup>38</sup> mientras que el ejercicio profesional sí puede sujetarse a ciertas limitaciones, tal como reconoce el propio Tribunal Cons-

<sup>37</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>38</sup> En palabras de TOLIVAR ALAS: “La elección se entiende que forma parte del libre desenvolvimiento humano, del desarrollo vocacional de la personalidad y, por lo tanto, no puede ser sometida a trabas. Ni siquiera alegando saturación profesional, pues ello equivaldría a negar la concurrencia libre y a sepultar las expectativas de los mejores por venir ante los peores ya establecidos”. TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 1350.

titucional en la sentencia antes indicada al señalar que el ejercicio de la actividad profesional “está disciplinado por normas de muy distinto orden”.

La afirmación anterior se encuentra moderada por el Tribunal Constitucional al admitir, en su sentencia 89/1989, de 11 de mayo, en la que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad formulada respecto de la colegiación obligatoria prevista por la Ley de Colegios Profesionales, que “el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 C.E., deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público”.

Así, resulta evidente que, como reconoce de manera expresa el Tribunal Constitucional, el artículo 36 (que a la letra dispone: “La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”) supone una posible limitación a la libertad de elección de profesión u oficio y, evidentemente, al ejercicio profesional. Pero, eso sí, no se trata de una limitación irrestricta, ya que como se desprende de la misma sentencia el legislador únicamente estará legitimado para exigir la colegiación ante la presencia necesaria de un interés público que así lo justifique y, además, como se desprende del propio artículo 36 constitucional, el establecimiento del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y de las profesiones que requieran de algún título estará sujeto al principio de reserva de ley,<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Según lo advierten VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, “[...] parece quedar claro que cualquier regulación, de la índole que sea, relativa al ejercicio profesional tan sólo puede ser llevada a cabo mediante Ley formal. La deslegalización [...] quedará, por tanto, excluida, pudiendo utilizarse únicamente la potestad reglamentaria en los supuestos de habilitación previa sobre aspectos no relevantes o previamente definidos en la propia Ley”. VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *op. cit.*, p. 1386. Sin embargo, es importante hacer notar que de conformidad con las SSTC 83/1984,

lo cual se traduce en un requisito más que constriñe el uso indiscriminado de posibles limitaciones a la libertad de que tratamos.

Ahora bien, retomando la distinción entre la libertad de elección de profesión u oficio y el mero ejercicio de las mismas, es importante observar que la admisión de esta postura tiene consecuencias directas en cuanto al alcance de las garantías constitucionales que se derivan del artículo 53.1 de la CE. Así, para Tolivar Alas (pp. 1349 a 1351), quien como hemos visto admite sin reservas tal separación, dicho artículo no es aplicable al ejercicio profesional.<sup>40</sup>

En otras palabras, si se adopta la distinción entre la libre elección y el ejercicio de la profesión u oficio, tendríamos que aceptar, junto con el mismo autor, que la vinculación a todos los poderes públicos (*ope constitutionis*), el respeto al contenido esencial por el legislador y la remisión al artículo 161.1 de la CE para la aplicación del recurso de inconstitucionalidad, únicamente serían aplicables al derecho de opción de profesión u oficio y no propiamente a su ejercicio, hecha la salvedad, por supuesto, del principio de reserva de ley que operaría para este último en virtud del propio artículo 36 de la CE y no así por el artículo 53.1 constitucional.

De una interpretación literal del artículo 35.1 constitucional y como hasta el momento ha venido manifestando el Tribunal Constitucional, pareciera desprenderse que efectivamente dicho precepto consagra tan sólo un aspecto de la actividad profesional: su libre elección, dejando de esta forma a la legislación secundaria la configuración de su ejercicio.

Esto, ciertamente, no significa que el legislador (*lato sensu*) cuente con una absoluta discrecionalidad para regular lo relativo al ejer-

89/1989 y 131/1989, la reserva de ley prevista por el artículo 36 constitucional no es equiparable a la reserva de ley que contempla el artículo 53.1 de la CE respecto de los derechos y libertades (donde se incluye la reserva de ley aplicable a la libertad de elección de profesión u oficio), toda vez que en los Colegios Profesionales no hay un contenido esencial que preservar.

<sup>40</sup> Una postura diferente a la indicada es la que sigue PÉREZ ROYO, quien analiza la libertad de profesión y oficio como una y la misma cosa (incluyendo tanto la libertad de elección como el ejercicio profesional), de tal forma que la aplicación de las garantías previstas por el artículo 53.1 les son aplicables indistintamente. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 7a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 557 y ss. Asimismo, resulta discordante a tal distinción la postura mantenida por VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *op. cit.*, pp. 1393 y ss.

cicio profesional o de oficio ya que, en todo caso, estaría sujeto al propio orden constitucional (por ejemplo, estaría sujeto al respeto a “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” tal como previene el artículo 38 de la CE). Pero esta distinción y, principalmente sus consecuencias, sí manifiestan una clara matización a la libertad de profesión u oficio utilizada como estandarte para la defensa de los intereses particulares por los ideólogos de la economía de mercado, toda vez que no existe un precepto constitucional específico y directo que garantice la libertad en el ejercicio de la actividad profesional, con excepción de lo dispuesto por el artículo 36 constitucional, situación que necesariamente dificulta las cosas y supone un cierto margen de apreciación para la autoridad gubernamental. Al respecto resulta conveniente citar las pertinentes palabras de Tolivar Alas (p. 1353):

Creemos que el Tribunal Constitucional matizará en un futuro esta tajante separación entre elección y ejercicio profesional [...], ya que el contenido de la libertad que nos ocupa incluye la opción entre posibilidades ciertas y no entre quimeras dejadas al arbitrio total del legislador. Si ese contenido debe incluir, [...], el límite del respeto a los derechos ajenos y la condición de que toda regulación intervencionista se haga con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, la diferencia entre la elección de una profesión y en qué consista el ejercicio concreto de la misma no deja de ser muy relativa. Sería lo mismo que aislar del derecho al sufragio el conocimiento de las opciones a votar.

Pero, mientras tanto, podemos concluir respecto de la configuración constitucional de la libertad de elección de profesión u oficio, y especialmente por lo que se refiere al ejercicio profesional, que al igual que lo que sucede con la propiedad privada y la libertad de empresa, se advierte la posibilidad de sujetarlas a ciertos límites que respondan al interés general, rompiendo de esta manera con la tendencia liberal decimonónica donde se otorga cierta preponderancia al beneficio de las utilidades o preferencias individuales. De nueva cuenta podemos observar cómo se superpone la idea de la colectividad a los intereses individuales, justificándose de esta manera la actuación gubernamental en perjuicio de una irrestricta libertad del mercado.

#### 4. La planificación económica

Uno de los aspectos más relevantes para la configuración del orden económico constitucional lo encontramos en la facultad del Estado para intervenir en la actividad económica mediante la planificación, prevista en el artículo 131 constitucional y reconocida, asimismo, en los artículos 38 (correspondiente a la libertad de empresa) y 149.1.13 (que señala como facultad exclusiva del Estado las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Se trata de una situación que, como podemos observar, contrasta de manera visible con los derechos y libertades admitidos por el liberalismo clásico (basado en el sistema descentralizado o de economía de mercado), no sólo por el hecho de introducir un mecanismo de intervención estatal sino, además, porque supone una clara matización a la libre iniciativa privada.<sup>41</sup> Así, el artículo 131 constitucional dispone lo siguiente:

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.
2. El gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

Como se desprende del artículo 131.1 de la CE (al indicar que “el Estado, [...], *podrá* planificar la actividad económica general”), la facultad concedida al Estado para planificar la economía implica lo que Carl Schmitt denominó un mero formulismo constitucional de compromiso, es decir, que el precepto constitucional citado tiene un carácter optativo (no preceptivo) que hace posible su no desarrollo por el

<sup>41</sup> De esta forma, la inclusión de la planificación económica en la CE responde al viejo debate entre el sistema económico descentralizado y el sistema económico centralizado o de planificación central, pero que tal como se encuentra regulado, según veremos más adelante, adopta una posición ecléctica.



legislador y, en consecuencia, su no puesta en práctica por la autoridad administrativa. Esta característica es lo que lleva a algunos autores, como Bassols (1981, p. 380), a afirmar que la Constitución prevé la existencia de la planificación como una opción constitucionalmente válida aun cuando no inherente al sistema político y económico.

El carácter optativo del precepto constitucional en comento no sólo ha sido admitido por la doctrina constitucional de manera generalizada sino que además ha llevado efectivamente a la planificación de la actividad económica general a una situación de desuso. Desde la promulgación de la CE hasta la fecha nunca se ha puesto en práctica el procedimiento previsto por el mismo. Sin embargo, para los efectos de nuestro trabajo, esta situación de obsolescencia de la planificación no le resta importancia, toda vez que existe la posibilidad constitucionalmente reconocida de echar mano de ella en cualquier momento que se juzgue oportuno, lo que lógicamente tendría una repercusión directa respecto del sistema económico español adoptado e indirecta en la atención de criterios de carácter social.

Claro que la posibilidad de utilizar la planificación de la actividad económica como medida de intervención estatal para alcanzar unos fines concretos no es una facultad irrestricta, ya que, como lo iremos desarrollando, se encuentra sujeta a límites impuestos no sólo por el propio fundamento constitucional que le da vida (art. 131 constitucional) sino también en razón de los derechos y libertades a los que nos hemos referido, especialmente aquél que se refiere a la libertad de empresa.

Por lo que hace a este último aspecto, cabe mencionar que el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa usualmente se contrapone por la doctrina a la planificación a efecto de buscar su conciliación, lo cual resulta evidente si consideramos que una planificación absoluta e imperativa de la actividad económica (representante *ad hoc* del sistema económico centralizado) ahogarí­a la existencia de aquélla (ejemplo clásico del sistema de economía de mercado). De ahí que gran parte de la doctrina constitucional señale que la planificación a que se refieren los artículos 38, 131 y 149.1.13

de la CE tiene un carácter indicativo.<sup>42</sup> Al respecto, Font Galán (1987, p. 157) indica:

[...] el texto constitucional no formula expresamente el carácter (indicativo o vinculante) de la planificación económica, [...] el carácter de ésta deberá determinarse en función del contenido esencial de la libertad de empresa, en la medida en que la ley mediante la cual se planifique la actividad económica general no puede ahogar la esencialidad de dicha libertad (arts. 38 y 53.1 en relación con el art. 131.1). Y esto supone ya un primer argumento para mantener que la planificación económica no puede tener un carácter total y vinculante, toda vez que aquélla no puede invadir las 'aguas jurisdiccionales' de la esencialidad de la libertad de empresa. [...]. Para solucionar esta incompatibilidad hay que sopesar la naturaleza jurídica constitucional de los elementos en tensión: en efecto, mientras que la libertad de empresa constituye una de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, amparada por las garantías constitucionales previstas en los artículos 53.1 y 161.a) y acogida al mecanismo reforzado de reforma constitucional que prevé el artículo 168, la planificación económica viene reconocida en el texto constitucional (arts. 38 y 131.1) sólo como una de las posibles fórmulas alternativas de intervencionismo económico del Estado, que si bien no es en todo caso incompatible con el sistema de economía de mercado, sí ha de respetar, en su caso, el contenido esencial de la libertad de empresa.

Asimismo, Balado (1994, p. 66) señala que la planificación "deberá interpretarse en armonía con la libertad de empresa y el marco econó-

<sup>42</sup> Atendiendo a una clasificación tripartita, OJEDA MARÍN señala: "Tradicionalmente se viene distinguiendo entre planes imperativos (coactivos, compulsivos o coercitivos), planes indicativos (también llamados orientativos) y planes mixtos. [...] Los imperativos, como revela su propio nombre, tienen fuerza vinculante y los sujetos económicos vinculados por ellos tienen que adecuar sus actividades a los objetivos y previsiones formuladas en el Plan. [...] Los planes indicativos son seguidos libremente por los interesados en función de una concertación previa o como fruto de haber adquirido ciertos beneficios. [...] Los planes mixtos utilizan ambos criterios: sancionan la obligatoriedad para ciertos agentes económicos (por ejemplo, el sector público) y al mismo tiempo estimulan la participación de otros (por ejemplo, el sector privado). [...] Así las cosas, resulta obvio que la planificación 'occidental' se plasmará bien mediante planes indicativos, bien a través de planes mixtos". OJEDA MARÍN, Alfonso, *El contenido económico de las constituciones modernas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1990, p. 63. Al respecto cabe aclarar que nosotros adoptamos una postura bipartita, en el sentido de que la planificación indicativa comprende tanto a ésta como a la que OJEDA MARÍN denomina mixta.

mico de mercado en el cual debe desarrollarse aquélla, razón por la cual el sistema de planificación que el texto constitucional consagra, no puede tener carácter vinculante, sino meramente indicativo, ya que de lo contrario vulneraría el principio de libertad de empresa, por afectar el contenido esencial de este derecho [...].” Pero, conviene destacar que dicho carácter indicativo no es óbice para reconocer el valor vinculante de la planificación respecto del sector público, así como para aquellas empresas que voluntariamente se adhieran o supediten al plan a cambio de ciertos incentivos o ventajas de naturaleza fiscal, laboral o de cotización a la seguridad social.

De esta manera, se hace evidente que el reconocimiento generalizado del carácter indicativo de la planificación por gran parte de la doctrina,<sup>43</sup> no obstante la omisión en la que incurre la Carta Fundamental, atiende a la pretensión de conciliar las diferentes instituciones previstas por la propia Constitución, lo que demuestra una vez más el carácter mixto del sistema económico constitucional y la necesidad de realizar una interpretación integral de la ley suprema.

Por otra parte, con independencia del carácter de la planificación económica, el artículo 131 establece una serie de requisitos para su

<sup>43</sup> Un claro ejemplo lo encontramos en GARRIDO FALLA, de conformidad con el cual “[...] lo que diferencia definitivamente la planificación socialista de la que se aplica en los países de mercado libre son los efectos jurídicos de la planificación económica frente al sector privado: en estos últimos el Plan sólo es vinculante para el sector público, mientras que tiene carácter indicativo para el sector privado. [...] Este carácter indicativo, sin embargo, no deja de tener efectos directos para los particulares”. GARRIDO FALLA, Fernando (coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, op. cit., p. 59.

De igual forma, BASSOLS señala que el carácter potestativo y no obligatorio de la planificación, así como la naturaleza de su contenido (como indicativa o, al menos, que quedara patente ese carácter mediante una interpretación conjunta del texto constitucional) fueron dos de los aspectos más importantes en el debate preconstitucional y a los que se llegó a un acuerdo por parte de los diversos partidos políticos. No obstante ello, el propio autor admite que “la pretensión de clasificar *a priori* el tipo de planificación sancionado en la Constitución como incompatible con los métodos imperativos —es decir, con capacidad para el sector privado de imponer o señalar objetivos detallados para el sector privado con control exacto de su cumplimiento e imposición de sanciones o sustituciones en caso de desviación— y sólo conforme a los modelos indicativos —limitada a la proyección de previsiones globales susceptibles de ser desarrolladas por vías indirectas de impulso o fomento para la iniciativa privada— es metodológicamente incorrecta y no se ve respaldada por el examen de los antecedentes parlamentarios, anteriormente partidarios de que en el texto constitucional no figurara formalmente la calificación de la naturaleza de la planificación”. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, op. cit., pp. 228, 236 y 237.

implementación que, a su vez, se constituyen en verdaderos valladares respecto de su alcance, contenido y formación. Estos requisitos son los que a continuación se enuncian:

1. La planificación a que se refiere el artículo 131 constitucional sólo podrá efectuarse sobre la “actividad económica general”, lo que implica en sí un cierto límite en cuanto a su objeto, toda vez que dicha planificación no sería viable respecto de aquellas actividades económicas “sectoriales”, tal como destaca Bassols (1985, p. 233).<sup>44</sup>
2. El precepto constitucional en comento establece que el Estado podrá planificar la actividad económica general “mediante ley”. Esto significa, como ya lo hemos visto respecto de otras instituciones aunque con otros fundamentos jurídicos, que opera el principio de reserva de ley para cada caso en el que se desee implementar la planificación.
3. Asimismo, el artículo 131 establece determinados objetivos a seguir mediante la planificación de la actividad económica. Estos objetivos son, al tenor del citado precepto, los siguientes: “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”.

<sup>44</sup> De acuerdo con BASSOLS: “Punto clave para la interpretación de la norma constitucional y de la propia viabilidad operativa de la planificación económica tal como la concibe el texto constitucional es la expresión ‘actividad económica general’. Por lo pronto, del texto constitucional parece posible diferenciar los términos ‘general’ y ‘sectorial’ para referirse a las acciones económicas. Así previamente el artículo 130.1 especifica que los poderes públicos deberán atender ‘a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía’. En consecuencia, frente a la acción económica sectorial existe una acción económica general como visión de conjunto de la totalidad del sistema económico en sentido global”. BASSOLS COMA, Martín, op. cit., p. 233.

Aunque con otro sentido, FONT GALÁN también hace alusión a la “actividad económica general” como un concepto de carácter restringido. Así, el citado autor señala: “[...] es obvio que por actividad económica general del país no puede entenderse la organización interna y externa de las empresas que dirigen los sujetos económicos, ni la libertad de éstos para asumir o no los riesgos que toda empresa comporta, ni la forma y contenido de las ofertas al público de los bienes y servicios ofrecidos al mercado, [...]”. FONT GALÁN, Juan Ignacio, op. cit., p. 158.

El primero de los objetivos señalados, esto es, la atención a las necesidades colectivas, tiene una connotación amplísima toda vez que el término "necesidades colectivas" no admite una interpretación unívoca. Sin embargo, siguiendo a Bassols (1981, p. 408), es claro que "la alusión del texto constitucional hace referencia a aquel conjunto de actividades y servicios públicos que configuran el marco de la existencia social contemporánea: como la educación, la sanidad, los transportes y comunicaciones, la cultura, etc.", aunque, evidentemente, dicho concepto posee un carácter maleable que le permite adaptarse a las circunstancias imperantes en un determinado momento histórico.

El objetivo referente al equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, según el citado autor (p. 409), "postula la necesidad de corregir los desequilibrios intersectoriales, formulando una directriz de integración económica general". Aquí se hace patente la intención del Constituyente de proveer determinados instrumentos de actuación gubernativa (como lo es la planificación económica) a fin de procurar una cierta igualdad en todo el territorio español.

El tercero de los objetivos, es decir, el estímulo al crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, da lugar a considerar a la planificación económica como un posible instrumento de política económica y social en el que se ponderen los criterios de eficiencia económica y equidad. Como señala Bassols (p. 410), el Constituyente introduce una fórmula que permite matizar y equilibrar la idea de crecimiento económico (en términos de riqueza) con la de distribución de la renta.

4. Finalmente, el segundo párrafo del precepto en comento indica: "El gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley". Con esto llegamos al último de los requisitos previstos por el multicitado artículo 131, consistente en el carácter participativo y democrático de la planificación económica tanto en su elaboración como en su posterior aprobación por el Parlamento.

#### V. INCIDENCIA ECONÓMICA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE TERCERA GENERACIÓN

Como lo he manifestado en reiteradas ocasiones, la Constitución económica se impregna de las ideas procedentes del proceso de socialización operado en la mayoría de los países europeos en el transcurso del siglo XX. Esta situación logra explicarse si tomamos en consideración que dicho proceso dio lugar a una visión colectivista del orden jurídico en oposición a la hegemonía decimonónica de la corriente individualista, provocando, a su vez, la modificación de las normas fundamentales que hacen posible la adopción de un sistema de economía de mercado a efecto de buscar el equilibrio entre éstas y ciertas garantías sociales, como hemos visto en el apartado anterior, así como la constitucionalización de los llamados derechos sociales y de tercera generación que, al decir de Muñoz de Bustillo (1989, p. 25), "responden a necesidades objetivas creadas por el cambio traumático que supone la consolidación del capitalismo industrial".

De esta forma podemos enfatizar que la función social de los derechos fundamentales de contenido patrimonial, preferentemente, no es la única consecuencia derivada del distanciamiento de la tendencia económica liberal. Este distanciamiento supone, asimismo, la inclusión de una serie de derechos dirigidos a la protección y promoción de determinados grupos o clases considerados como "desaventajados", así como la instauración de otros derechos de reciente creación, caracterizados por la presencia de los "intereses difusos", derechos que se constituyen en la razón de ser del Estado de bienestar como forma de organización social.

Evidentemente la CE no ha sido indiferente a esta evolución sino que, por el contrario, al ser su promulgación muy posterior a las constituciones europeas avanzadas de su entorno, recoge la casi totalidad de los derechos propios de un Estado social de derecho, aunque con la suficiente flexibilidad que haga posible su adaptación a las condiciones políticas y económicas preponderantes en un determinado momento histórico. De esta forma, la CE consagra el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la huelga (art. 28) y a la libertad sindical (art. 7o.), a los que les otorga las máximas garantías constitucionales previstas por el artículo 53.2 constitucional; el derecho a

la asistencia jurídica gratuita en el caso de pobreza para hacer “real y efectivo” el derecho al acceso a la justicia (arts. 119 y 24); y, en un apartado específico, los llamados “principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52), dentro de los que se encuentran la protección de los consumidores y usuarios (art. 51), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45), el derecho a la protección de la salud (art. 43), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47), la seguridad social (art. 41) y las pensiones para la tercera edad (art. 50), entre otros.

Si bien los derechos constitucionales de contenido social de que tratamos no se integran comúnmente dentro del concepto de Constitución económica, como lo demuestra la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional apuntada anteriormente al referirnos a dicho concepto, es evidente que los mismos informan de manera directa su contenido, ya que no sólo participan en la interpretación y consiguiente aplicación de los derechos fundamentales de contenido patrimonial a fin de dar congruencia al propio contenido integral de la Carta Magna, sino que, además, determinan de manera directa el modelo económico a seguir por cuanto que elevan considerablemente el techo de intervención económica estatal alterando, de esta forma, el funcionamiento natural del mercado,<sup>45</sup> a efecto de añadir obje-

<sup>45</sup> Una perspectiva desde el derecho constitucional respecto de la estrecha relación que presentan los derechos sociales con el modelo económico constitucional la podemos encontrar en CASCAJO CASTRO, de conformidad con el cual: “El significativo carácter económico de los derechos sociales suscita el difícil problema de los límites políticos y constitucionales del llamado modelo económico de la Constitución. Se ha dicho con razón que la Constitución no plasma una imagen fija del orden económico social a alcanzar sino que se limita a configurar un marco amplio de principios a modo de un programa a desarrollar progresivamente por los poderes públicos. Es justamente en este contexto donde surgen, con frecuencia, los condicionamientos derivados de las exigencias del Estado social al libre ejercicio de la iniciativa económica privada, al reconocimiento del derecho a la propiedad privada, en suma, al reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Y de forma paralela, aunque en sentido contrario, también parece correcto pensar que la función promocional de los poderes públicos en el terreno económico, para ampliar la esfera de los derechos sociales, deba encontrar en la propia Constitución, aunque sea difícil determinarlo de modo absoluto y general, sus propios límites”. CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 31.

tivos de carácter social. Esta injerencia estatal para el cumplimiento de su función de promoción de objetivos sociales puede adoptar muy diversas formas y grados, debido principalmente al carácter flexible de la CE, pero sus consecuencias económicas pueden hacerse notar tanto en la afectación de las relaciones entre particulares, v. gr., la relación jurídica-laboral entre los trabajadores y los empleadores, como en sus efectos redistributivos, especialmente cuando implican un gasto social directo. A manera de ejemplo y por lo que se refiere a la afectación de las relaciones entre particulares, podemos hacer notar que la presencia de sindicatos con un alto poder negociador, apoyados en el derecho a la huelga, puede suponer un medio para limitar la oferta laboral provocando el incremento de salarios por encima de los precios competitivos, lo que originaría, a su vez, un desequilibrio entre la oferta y la demanda y, por ende, una situación ineficiente.<sup>46</sup>

Esta idea queda claramente expuesta por Bassols (1985, p. 79), quien señala que los sindicatos y las organizaciones empresariales cumplen en la sociedad moderna dos funciones capitales: a través de la negociación colectiva laboral condicionan o regulan el mercado de trabajo y la política de salarios y rentas, magnitudes de política económica coyuntural que ningún gobierno puede dejar de tener presente; y al mismo tiempo, por su condición de grupo político-social o de presión, constituyen un componente que participa en la vida

<sup>46</sup> En opinión de MUÑOZ MACHADO: “[...] toda intervención pública en el mercado de trabajo comporta una u otra clase de ‘rigidez’, un obstáculo institucional al ajuste del mercado a las cambiantes condiciones de la oferta y la demanda. En algunos supuestos, esas rigideces escorarán la relación laboral del lado de la equidad y en detrimento de la eficiencia; en otros, del lado de la eficiencia y en detrimento de la justicia social. En esa medida, es de entera aplicación el principio de subsidiariedad, [...]. Con arreglo a ese principio, es deseable que los poderes públicos se vayan ‘retirando’ de la regulación del mercado de trabajo (sin nunca renunciar a la debida tarea de supervisión) conforme maduran y se fortalecen las instituciones básicas del mercado. Eso es lo que ha venido sucediendo en España desde 1978 [...]”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA (directores), *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 1997, p. 176. Al respecto es necesario decir que desde nuestro particular punto de vista no necesariamente los derechos laborales fundamentales generan ineficiencias, ya que, en algunos casos, al equilibrar el poder de mercado de los trabajadores frente al poder de mercado de los empleadores, también pueden constituirse en medios para combatir aquéllas.

política y, en definitiva, en las decisiones políticas capitales que afectan al sistema económico, a través de distintos cauces más o menos institucionalizados (conexiones con los partidos políticos, representación profesional, participación con órganos económicos decisores, pactos de concertación social, presencia en los llamados Consejos Económico-Sociales). De tal forma que, de acuerdo con el mismo autor (p. 81): “[...] no debe desconocerse la trascendencia que para la evolución y transformación de la Constitución económica pueden significar los sindicatos por la ideología de que son portadores y por su actuación a través de la concertación social, como fuente de distribución de las rentas y de promoción de compromisos de reformas en el seno de la empresa y de carácter legislativo”.

Ahora bien, cabe decir, por lo que se refiere al carácter redistributivo de los derechos sociales, proveniente de su propia naturaleza como derechos fundados en objetivos éticos o de justicia social, que es evidente la alteración que genera en el orden económico, concretamente en la asignación eficiente de los recursos. En otras palabras, el reconocimiento de ciertos derechos sociales (concretamente los “principios rectores de la política social y económica”, previstos en el Capítulo III del Título I de la CE, y la educación) pretende modificar los resultados de asignación de recursos generados por la ley de la oferta y la demanda a efecto de beneficiar a las personas menos favorecidas o, en su caso, proporcionar “a todos” los recursos que la sociedad considera como fundamentales para garantizar la igualdad de oportunidades y una vida digna, sustrayéndolos del ámbito del mercado. Evidentemente esta situación también tiene un alcance macroeconómico que se manifiesta principalmente en la actividad presupuestaria del Estado, ya que éste requiere de allegarse de recursos necesarios, a través de su función impositiva, para hacer frente a los gastos sociales que por mandato constitucional le corresponden.

Precisamente el alto impacto económico que presentan dichos derechos sociales ha provocado que la Constitución española sea muy cuidadosa en su reconocimiento, dejando a la legislación secundaria tanto la delimitación de su contenido como la forma de hacerlos efectivos, lo que, a su vez, ha dado lugar a serias disquisiciones en la doctrina

constitucional española.<sup>47</sup> De ahí que afirmemos que el grado de alteración provocado por los derechos sociales en el orden económico,

<sup>47</sup> Básicamente son dos las posturas que la teoría constitucional española admite respecto de la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica previstos en el Capítulo III del Título I de la CE. La primera de ellas, atribuida inicialmente a GARRIDO FALLA, consiste en la idea de que los principios rectores no son verdaderos derechos o, en todo caso, son derechos que no tienen su origen en la Constitución sino en las leyes que los desarrollen. Así, los principios rectores se conciben como pura “retórica constitucional”, esto es, como meras disposiciones *ad pompa ostentationem*. GARRIDO FALLA, Fernando (coord.), *op. cit.*, pp. 55 y ss. En la misma línea de argumentación, AMORÓS DORDA señala que las normas contenidas en los artículos 39 a 52 del texto constitucional son esencialmente enunciaciones de obligaciones que asume el Estado español en cuanto que Social, por lo que van dirigidas en primer término al poder público y sólo de manera indirecta a los ciudadanos. Son normas que representan programas de acción para el Estado (técnicamente denominadas normas programáticas según el término acuñado por LOWENSTEIN) y que, por ende, implican deberes genéricos y no obligaciones en sentido estricto. Así, de conformidad con el citado autor, el mandato constitucional no sirve de base, por su propia naturaleza, a la configuración de una auténtica relación obligacional, lo que origina, a su vez, que ante un eventual desconocimiento por el Estado del mandato constitucional, que generaría un perjuicio en el ciudadano o agrupación a que beneficiaría en el último término el cumplimiento del mismo, difícilmente podría ser invocado por éstos ante los órganos jurisdiccionales, en orden a obtener la reparación o corrección del mal causado. AMORÓS DORDA concluye que el Estado, pese a que la Constitución le obliga formalmente, goza de discrecionalidad para cumplir o no con la conducta a que le vinculan las normas del Capítulo III de la CE e, igualmente, goza de discrecionalidad para moverse en el amplio marco que determina la generalidad con que se produce el texto constitucional. AMORÓS DORDA, Francisco Javier, “Principios de la política social y económica”, en Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1984, pp. 7 y ss. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 45/1989, de 20 de febrero, relativa a una cuestión de inconstitucionalidad y siendo ponente Francisco RUBIO LLORENTE, reconoce que “la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III [...] hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta”.

La segunda postura recae, en origen y por lo que hace al caso de España concretamente, en la persona de GARCÍA DE ENTERRÍA y se encuentra avalada, posteriormente, por PÉREZ LUÑO, VIDA SORIA y PALOMEQUE, entre otros. PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Medio ambiente”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *op. cit.*, pp. 264 y 265; VIDA SORIA, “Seguridad social”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *op. cit.*, pp. 84 y ss.; y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 96. De acuerdo con la misma, todos los preceptos constitucionales, incluyendo los relativos al Capítulo III de la CE, enuncian efectivas normas jurídicas, son algo más que meras normas programáticas en el sentido tradicional (esto es, que se les niega toda aplicabilidad judicial). El Tribunal Constitucional se ha manifestado, a través de la magistral ponencia presentada por TOMÁS Y VALIENTE en la conocida sentencia 16/1982, de 28 de abril, relativa a un recurso de amparo derivado de un

indefectible en cualquier caso, varíe de acuerdo con la forma en que éstos se encuentran regulados y a los métodos de implementación utilizados. Es necesario puntualizar, sin embargo, que todo análisis serio de la Constitución económica debe incluir una referencia obligada a los derechos y libertades fundamentales de contenido social.

proceso penal, en el sentido de que "la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.)". Sin embargo, unos meses después, en la STC 80/1982, de 20 de diciembre, siendo ponente el mismo TOMÁS Y VALIENTE, se especificó que, si bien la Constitución es la norma suprema y no una declaración programática o principal en virtud del artículo 9.1 y que en ese contexto es indudable su valor como norma, "tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la CE".

De esta forma, aun la postura más benevolente respecto del alcance y sentido del artículo 53.3 constitucional, admite, como no podría ser de otra manera debido a su tenor literal, que los principios rectores de la política social y económica carecen, en principio, de eficacia directa, esto es, están excluidos del recurso de amparo y, por ende, no pueden prosperar las peticiones ante los tribunales basadas directamente en los artículos del Capítulo III; lo que, por supuesto, no es óbice para que se relacionen con otros derechos y libertades que sí tengan dicha característica o, como señala CASCAJO CASTRO, para que se conviertan en "garantía de transformación de obligaciones jurídicas del Estado, en derechos subjetivos del individuo". CASCAJO CASTRO, José Luis, *op. cit.*, p. 75.