

ART. 38 “LA LIBERTAD DE EMPRESA”

Art. 38 “Freedom of Enterprise”

BÁRBARA CASAÑAS OLIVA

**CONVOCATORIA JULIO DE 2017
CURSO 2016/2017**

Tutorizado por el Profesor D. Manuel Ángel Cabrera Acosta.

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho.

Área de conocimiento: Derecho Constitucional.

Grado en Relaciones Laborales, Facultad de derecho, Universidad de la Laguna.

ABSTRACT

Article 38 of the Constitution includes the freedom of business, an economic precept of great relevance to the set of precepts that generate the economy sphere of Spain. Throughout the four decades that the constitution has been in force, there have been clashes with different rights and fundamental freedoms in the face of freedom of enterprise, and the constitutional court has come into the matter to decide. And to moderate the conflict and define the limits to these rights as it can be free profession or trade, the creation of means of communication under free expression, the right to association, the power of the entrepreneur, freedom of chair. And the private property recepto with which keeps a great connection.

Just as a brief analysis of the economic situation of the State of ambiguous and uncertain character, and the peculiarities of its economy that must be planned, will have power of intervention of the public powers and reserve of action in different matters the State, as well as the Own autonomous community.

Keywords: Economic initiative, Business, limits, public authorities, Constitution

RESUMEN

El artículo 38 de la constitución recoge la libertad de empresa, precepto económico de gran relevancia para el conjunto de preceptos que generan la esfera economía de España. A lo largo de estas cuatro décadas que lleva en vigor la constitución, se han generado choques con diferentes derechos y libertades fundamentales frente a la libertad de empresa, conociendo de ello el tribunal constitucional entrando en la materia para pronunciarse. Y moderar el conflicto y definir los límites a estos derechos como puede ser libre profesión u oficio, la creación de medios de comunicación bajo la libre expresión, el derecho a asociación, el poder del empresario, la libertad de cátedra. Y la propiedad privada recepto con el que guarda una gran conexión.

Así como un breve análisis de la coyuntura económica del Estado de carácter ambiguo e incierto, y las peculiaridades de su economía que debe ser planificada, tendrá poder de intervención de los poderes públicos y la reserva de actuación en distintas materias el Estado, así como la propia comunidad autónoma.

Palabras Claves: Iniciativa pública, empresa, limites, poderes públicos, constitución.

ÍNDICE

1. Contexto Histórico.	3
2. Capítulo II La naturaleza jurídica de la libertad de empresa.	5
2.1. La libertad de empresa como un derecho constitucional.....	5
2.2. La dos caras de la libertad de empresa, como derecho subjetivo y la garantía institucional.....	9
3. Límite y conflicto con otros preceptos y bienes constitucionales.....	10
3.1. Límite a la libertad de empresa.	10
3.2. La libertad de empresa y choque con otros preceptos.....	13
A. La libertad de empresa, frente a la libertad de expresión y las empresas de comunicación.....	13
B. La libertad de empresa, la libertad de cátedra y libertad de enseñanza.....	13
C. La libertad de empresa y el derecho laboral.....	24
D. La libertad de empresa y el derecho asociación.....	24
E. La libertad de empresa y el derecho propiedad privada.....	30
4. Constitución Económica.	32
5. Conclusión	40
Bibliografía	43

1. CONTEXTO HISTÓRICO.

En la actualmente reconocida “*libertad de empresa*”, fue comprendida como “*la expresión moderna de la libertad económica, englobando la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de ésta*”¹

Las constituciones del siglo XIX dado el modelo liberal instaurado en el Estado, crearon disposiciones en materias económicas que fundamentan la organización del Estado, es decir la Hacienda pública. No deja de lado el regular implícitamente, el derecho de “libre iniciativa”, y además la propiedad, como derechos fundamentales que crearan el punto de partida del derecho privado. Asimismo se usaba la ley como instrumento de aplicación para conseguir la igualdad, es decir para la gestión de una competencia en base a la igualdad.

La libertad de empresa como concepto, es fuente del desarrollo de la libertad de comercio e industria, está propicia la iniciativa económica. El desarrollo constitucional español liberal muestra la regulación de la hacienda pública, la propiedad privada como garantía de no incautar las posesiones del individuo sin contraprestación y la exposición de la libertad de comercio e industria a los extranjero, por primera vez recogida en el artículo 25 de la Constitución Española de 1869: “*todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las Autoridades españolas*”. Idénticamente expuesto en el artículo 27 del Proyecto de Constitución federal de 1873 y el artículo 2 de la Constitución de 1876.

Es por medio del segundo escalón de la jerarquía normativa por el cual se introduce gradualmente connotaciones a la libertad económica. Los decretos aportados en el año 1813 se implantan, y establecen que la libertad de comercio sobre el sector de producciones agrícolas y ganaderas no tendrá la necesidad de matriculación y ni recoger testimonios de compras². Y además se implanta la libertad de industria, mediante la

¹ Gaspar Ariño Ortiz, Principios de derecho público económico – modelo de Estado, gestión pública regulación económica. 3ª Edición, Editorial Comares, S.L.

² El decreto 259 elaborado por las cortes gaditanas en Agosto de 1813.

exposición de la libertad de establecimiento de fábricas a los españoles y extranjeros sin exigencias de licencias y bajo el mandato de acomodarse a las reglas de policía y la salubridad de los pueblos³. En una breve cronología estas dos libertades fueron vetadas tras emerger de nuevo el absolutismo, que dio paso tras ello a su restablecimiento por medio de un Real Decreto de 6 de diciembre de 1836, con el Reinado de María Cristina. Toda esta evolución desembocó en la libre circulación de mercancías dentro del territorio español, como una manifestación más de la libertad económica.

Este proceso propicia el desarrollo de la autonomía del individuo, así en el establecimiento de la libertad de autonomía de la voluntad con la promulgación del código civil en los artículos 1255 “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*” Y en el artículo 1091 “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.*” Por lo tanto, la libertad económica en el siglo XIX siendo un Estado liberal ampara la protección de la propiedad privada, y fue desarrollando una articulación normativa minuciosa de libertad de comercio e industria, que generó los códigos de comercio y civil.

Tras el comienzo del siglo XX y los conflictos bélicos de esta etapa, lleva en su seno la transformación del sistema económico capitalista, un articulado de la intervención del Estado en la economía, con su total fortalecimiento tras la finalización de la segunda guerra mundial. Dada las vertientes ideológicas de la época había varias vías de intervención de la economía, acogiendo en su totalidad los Estados totalitarios de la época, o regulando la economía y participación en ella de los Estados sociales y democráticos de derecho.⁴

En esta etapa histórica surge, mediante el pacto de los socialistas y republicanos de izquierdas la redacción de la constitución republicana de 1931, basada en una república democrática y laica de España. Conteniendo está una serie de derecho entre ellos en su artículo 33, recoge dividido en dos secciones la libertad de profesión, y la

³ El decreto 262 elaborado por las cortes gaditanas en Agosto de 1813, en sus art 1 y 2.

⁴ Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A.

libertad de industria y comercio con objeción de las limitaciones expuestas concordes a materias económicas y sociales del interés general que estipulen las leyes. Recoge entre su artículo 12 en su sección 8, “*la libre circulación de la mercancías*” supeditada a la legislación y ejecución directa del Estado sobre esta materia. El derecho a la propiedad privada en su artículo 44 pero con limitaciones, la expropiación forzosa, podrá ser socializado e intervenido por el Estado sobre la explotación y coordinación, así como racionalizar los productos y los intereses de la economía nacional, sin confiscación de bienes.

Junto con el Fuero de trabajo XI de 9 de Marzo de 1938 aceptan la iniciativa privada para concebir la iniciativa de la economía, y solo cuando falte en está el Estado-empresario o cuando el interés general de la nación lo requiera⁵. Todos estos cimientos que se tambalearon con la llegada de la dictadura franquista, limito e intervino la economía con gran exhaustividad controlando la iniciativa privada. La crisis como consecuencia del control, hizo necesario la liberalización de la economía por parte del gobierno mediante el decreto-ley 10/1959, siendo todavía intervenida con presión consiguió un crecimiento económico.⁶

2. CAPITULO II LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

2.1. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL.

La Constitución Española de 1978 recoge en el Título I. De los derechos y deberes fundamentales, capítulo II Derechos y libertades, sección segunda de los derechos y deberes de los ciudadanos, artículo 38 recoge la libertad de empresa “*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.*”

⁵ IX Fuero del Trabajo, de 9 de Marzo de 1938.

⁶ Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A.

Cuyo valor jurídico protegido es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado. Bajo la potestad a la libre ejecución de actividades de producción y distribución de bienes o servicios.⁷

Estando sujeto a concordancias con otros artículos recogidos en la constitución, dentro de esta encontramos alusiones al impulso de instituciones económicas. Desde el artículo 1.1 en su exposición “*España siendo un Estado social y democrático de derecho*” ampara que su normativa ostente valores de libertad e igualdad, garantizando desde el comienzo de la elaboración de está la protección de libertades, entre ellas la libertad de empresa.

Así como el artículo 9, trata la obligación de los poderes públicos de fomentar las disposiciones de las libertades e igualdad de los individuos y la participación de estos en la vida económica del Estado, una sujeción a la vinculatoriedad normativa desde su publicación en el boletín oficial del Estado.

El artículo 40, donde le es impuesto a los poderes públicos promover las condiciones favorables para el progreso de la vida económica.

La constitución durante su desarrollo protege a los derechos y libertades recogidos en el capítulo segundo del título I, es decir desde el artículo 14 al 38 siendo este último el objeto de estudio, en el artículo 53.1 “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título 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).*” Asegurando tres perspectivas (Sara Sieira, 2011), el principio de vinculatoriedad de los poderes públicos y los ciudadanos a ceñirse a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico que surge tras la ley suprema.

Además de la protección que se le brinda al recogerse dentro de la norma jurídica, es decir se garantiza la libertad sin necesidad de que una ley lo crea o lo justifique. El tribunal constitucional se pronunció sobre la “*vinculatoriedad*

⁷ Sistema de derechos fundamentales 4ª Edición, Luis María Díez-Picazo, Civitas.

inmediata”⁸ de los poderes públicos con esta libertad desde su publicación, podrán regularse por ley la libertad de empresa pero ya está reconocida, y la ley deberá respetar su contenido esencial.

En segundo lugar, goza de la reserva de su desarrollo y regulación de la libertad de empresa, debe respetar el contenido esencial, es decir el respeto a su particularidad, con su contenido necesario y perentorio permitiendo la satisfacción de aquellos intereses que este derecho concede.

Y en tercer lugar, el control de las leyes de desarrollo, el tribunal constitucional será órgano al que acudir para garantizar el respaldo en el artículo 53 de la libertad de empresa⁹.

Otro artículo clave es el 139, conecta con la libertad de empresa siendo uno de los tres principios de transcendencia económica, expone que todos los españoles en todo el territorio del Estado tienen los mismos derechos y obligaciones, el tribunal constitucional se ha pronunciado en una exhaustiva jurisprudencia.

"... no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1 CE)". (STC 37/1981, Fund. 2, 1981).

⁸ Sentencia 80/1982 de 20 de Diciembre, fundamento 1.

⁹ Sinopsis del artículo 53, Sara Sieira. Letrada de las Cortes Generales. 2011

Reiterándose en sentencias como la (STC 37/1987, de 26 de Marzo, 1987), en la cual redunda el principio de igualdad como aquella autonomía de las regiones para desarrollar sus competencias desde el ámbito de la constitución y el estatuto. Pudiendo existir desigualdades entre los ciudadanos de diferentes comunidades autónomas, pero no por ello infringe un derecho o deber de los ciudadanos, debido a no existir un régimen jurídico sistemático.

La doctrina española ha tenido que replicar sobre el conflicto originado sobre cuáles son los derechos fundamentales que la constitución consagra. El italiano filósofo en derecho Luigi Ferrajoli, da una definición de los derechos fundamentales, como aquellos derechos que el ordenamiento recoge para todas las personas por el simple hecho de serlo.

Esta idea se enfoca en una noción material de los derechos fundamentales, pero existe otro punto de vista, la noción formal que entiende los derechos fundamentales, aquellos declarados en la norma suprema, nuestra constitución. Donde estos poseen el privilegio de reserva de ley, además de vincularlos con el legislador y los poderes públicos.¹⁰

La doctrina se ha pronunciado sobre los derechos que pueden ser considerados fundamentales, se denominaran aquellos que vinculan al legislador. En concreto el tribunal constitucional ha expuesto en particular, la concepción de la libertad de empresa donde dicho derecho tiene límites para desarrollarse, reservando la doble garantía del artículo 38, la reserva de ley y la que resulta de preservar el contenido esencial como núcleo inaccesible para acceder el legislador, y que las controversias estarán sujetas a la interpretación del tribunal constitucional, abriendo al legislador a intervenir la libertad de empresa *“sólo puede ser estatal, en el doble sentido de que es competencia reservada al Estado ex art. 149.1.1 de la Constitución y de que debe abarcar todo el territorio nacional precisamente porque incide en un derecho fundamental.”*¹¹

¹⁰ Sistema de derechos fundamentales 4ª Edición, Luis María Díez Picazo, Civitas.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de Noviembre de 1981. Fund 2.

En conclusión, la libertad de empresa es un derecho fundamental de acceso a un ámbito, no un derecho fundamental a que ese ámbito se regule de un modo determinado siendo visible en la sentencia el tope del legislador, para regular dicho derecho no siendo abusivo.

2.2. LA DOS CARAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, COMO DERECHO SUBJETIVO Y LA GARANTÍA INSTITUCIONAL.

Se determina derecho subjetivo a la facultad que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo, facultades o pretensiones para ejecutarlas. Para obtener la idea de la naturaleza y alcance del derecho subjetivo debemos acudir brevemente a las teorías en que se han fundado. La escuela del derecho natural, en la revolución liberal terminan con los privilegios, y crean un régimen de libertad igual para todos los ciudadanos, aconteciendo en:

La primera de las teorías, es la teoría de la voluntad (Savigny y Windscheis), constituyen el ordenamiento jurídico como un sistema de derechos subjetivos, consiste en la voluntad jurídica protegida, comprendiendo al individuo como absolutamente libre de delimitar el contenido y el ejercicio de sus derechos. Esta teoría pierde importancia según se desarrolla, al dejar de lado el interés general y reducirlo al interés individual de cada uno. En resumen, el Estado debe asegurar la ejecución de intereses de la colectividad, además de específicos y autónomos intereses de los particulares.

En segundo lugar, el derecho subjetivo no sirve a cualquier interés particular sino a los que crean merecer de protección. Le sigue la teoría del interés (R. Ihering), donde el derecho subjetivo se mueve para la protección del interés particular del individuo, por la razón de protección para la sociedad, entendiendo a esté como la regulación de intereses en conflicto.

El desarrollo del Estado social conlleva a este derecho a protegerse, ósea de la función social propia del Estado, es decir el desarrollo del ejercicio del derecho si conlleva las ideas de los deberes y cargas sociales. El desarrollo conceptual del derecho subjetivo cuyo ámbito de poder es del individuo, el sujeto tiene reconocido un derecho pudiendo hacer uso y valor frente a otros sujetos, con un interés digno de tutela y

delimitación del contenido porque debe ser compatible con el interés general, mediante la tutela judicial.

Por ello se podrá calificar la libertad de empresa como derecho subjetivo, al estar protegido y recogido en la constitución, como el interés individual y particular que su ejercicio conlleva frente a los otros. Debido a que la constitución lo “reconoce” en su propio artículo, y respetando “las exigencias de la economía general” que le impone.

La delimitación positiva de la libertad de empresa como derecho subjetivo, con sus tres elementos. El sujeto siendo la persona a la que se le atribuye el derecho subjetivo, tanto persona física como jurídica, que ejerce la actividad y el correspondiente conjunto de facultades que le otorgan. El objeto es la empresa, actividad económica. Y el contenido, conjunto de ejercicios y acciones que se le atribuyen al empresario.

La delimitación negativa de la libertad de empresa, supone la confrontación entre declarar la libertad de empresa como garantía institucional o como derecho fundamental.

3. LÍMITE Y CONFLICTO CON OTROS PRECEPTOS Y BIENES CONSTITUCIONALES.

3.1. LÍMITE A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Los límites deben ser entendidos como medidas indispensables, el Estado los garantiza para el correcto desarrollo de la libertad y su respeto a los otros derechos. Y es el tribunal constitucional quien entra en su explicación, cómo se encuentra limitada la libertad de empresa, y que es dentro de su propio artículo es él que plantea distintos límites.¹² El ejercicio de las libertades serán sometidos “a las formalidades, condiciones y restricciones previstas por la ley” establece un margen de apreciación para los Estados de la Unión Europea para evaluar cuáles serán sus restricciones e injerencias (Sentencia del T.E.D.H., 1993). El legislador tiene la obligación de justificar las barreras que

¹² España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 147/1986, de 25 Noviembre.

efectúen sobre la libertad, respetando que su forma sea razonable y convincente, debiendo “ser de forma proporcionadas al fin constitucional perseguido” (STC 127/1994, de 5 de mayo, 1994) . Los límites expuestos deberán tener una característica común la generalidad, es decir obligar a todas las empresas del sector en todo el territorio nacional, teniendo que llevar acabo la limitación.¹³

En la propia redacción del precepto se recogen determinados límites al desarrollo de la libertad de empresa. En primer lugar encontramos, “en el marco de la economía de mercado” cuyo contenido se traduce como acceso al mercado siendo garantía del propio artículo 38. Ello está en confluencia con los conceptos de *competencia y mercado*, entendido como la constitución reconoce a los poderes públicos la defensa de los objetivos, y evitara la concurrencia entre empresas. Se llevara a cabo la defensa de la competencia, según expone y entiende el tribunal constitucional (STC 71/1982, de 30 de noviembre, 1982). «Comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado», siendo su objetivo la «defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia».

En conclusión, los poderes públicos no deben buscar la competencia perfecta entre empresas sino una competencia necesaria. A su vez prevé que la legislación protegerá la libertad de competencia, y suprimirá y evitara los obstáculos a su desarrollo, así cuando se efectúen por parte de los propios empresarios para su propio beneficio vulnerando la competencia al resto de competidores del mercado.

Igualmente el mercado debe ser garantizado y legitima la intervención estatal, previendo el vínculo entre la competencia y el mercado. Debido que su elemento primordial y principio rector de la economía de mercado es la libre y real competencia, como deber del Estado llevando acabo la organización económica de nuestra sociedad, por ello siendo un componente inherente al mercado. Justificando el tribunal constitucional “la defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias

¹³ Aproximación a la liberta de empresa del art. 38 de la Constitución, Belda Pérez E.

de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que encontrar directamente con el artículo 38 de la constitución”¹⁴

En segundo lugar, otro límite expuesto en el propio precepto “las exigencias de la economía general y la planificación” el legislador posee y tiene la capacidad de limitarlo, para conseguir su defensa mediante exigencias proporcionalmente razonables para el mercado. Pues la defensa de la competencia, está sujeta a las exigencias de la economía general y la planificación. La libertad de empresa se limita por el interés público, que deberá ser recogido en la base de una norma legal y el desarrollo de su ejercicio puede depender de permisos y autorizaciones administrativas que instruyan, distribuyan y fundadamente, el desenvolvimiento de la actividad. El tribunal constitucional, manifiesta la libertad de iniciar y desarrolla una actividad empresarial operando como garantía institucional de la economía de mercado, debiendo plena sujeción a la normativa que ordena el mercado y la actividad de la economía general.

En tercer lugar, “la planificación” por medio de la dirección de la política económica puede crear criterios, que apoyándose en el artículo 131 de la Constitución Española de reserva de ley, recoge en su desarrollo la planificación mediante ley de la planificación general de la actividad economía. La libertad de empresa esta unidad a la economía nacional y las exigencias del mercado, y el estado deberá tenerlo en cuenta para el desarrollo de la coordinación de la planificación de la actividad económica. Y a ello sumando la atendiendo al desarrollo regional y sectorial esté bajo un equilibrio, por ello la ley se elaborara por el gobierno, donde las comunidades aportaran previsiones mediante un consejo social y políticamente representativo.¹⁵

En cuarto lugar, la iniciativa pública debe entenderse como una exclusión de la libertad de empresa, es el artículo 128.2 de la constitución la que reconoce al sector público el desarrollo de actividades económicas, es decir desde la reserva de recursos, como la reserva de servicios, la creación y mantenimiento de los monopolios del estado y la intervención que realiza en las empresas. Por ello la presencia del Estado podrá ser

¹⁴ Exposición de motivos, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁵ Sinopsis del artículo 38, Sara Sieira. Letrada de las Cortes Generales. 2011

exclusiva o de coexistencia con empresas privadas, supondrá una aminoración de beneficios y acotando el intervencionismo y libertad de las empresa y a la propiedad privada de la empresa, para servir al interés general.¹⁶

3.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y CHOQUE CON OTROS PRECEPTOS.

A. *LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EMPRESAS DE COMUNICACIÓN.*

La libertad de expresión se encuentra recogida en el artículo 20.1.a “A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. Es un derecho fundamental que disfrutan todos los ciudadanos por igual, amparando frente a la intromisión de los poderes públicos que no estén recogidos en la ley, asimismo sujeto a los propios límites que ofrece la constitución.¹⁷ Respetando los derechos recogidos en el título I de la Constitución, al igual que la libertad de empresa, será objeto de protección según el artículo 53 su contenido esencial.

Este derecho supondrá toda comunicación, información, transmisión, etc. Que salvaguardara al empresario y trabajador, tanto aquel que desarrolle su actividad profesional en la búsqueda y difusión de información, así como el derecho de libertad instrumental para la creación o mantenimiento de medios de comunicación para difundir y comunicar información. Sin olvidar aquellos ciudadanos que mediante celebración del contrato de trabajo y su desarrollo, no podrán sufrir la privación de la libertad de expresión para una de las partes. En esta relación laboral encontramos de un lado, al trabajador sujeto al artículo 35 CE “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo” y por otro, el empresario sujeto al artículo 38 CE “libertad de empresa”.

Se crea la necesidad del derecho a crear los medios de difusión, los soportes e instrumentos necesarios de comunicación, debido a que el Estado ha evolucionado tras el paso del tiempo, abriendo nuevas necesidades que atañen a la libertad de expresión.

¹⁶ Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A

¹⁷ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 6/1981 de 16 marzo.

En su artículo no se garantiza la creación de las empresas de comunicación pero tampoco lo impide, es cuando el tribunal constitucional se pronuncia entendiendo que no existe inconveniente. Comprendiendo que el derecho a difundir las ideas y opiniones pueda generarse a través de la creación de medios que hagan posible la extensión, considerándolos medios de la libertad instrumental.

La jurisprudencia del tribunal constitucional recoge en la libertad de expresión el derecho de crear estos medios, para hacer posible la difusión de la información abriendo la puerta ampliamente al legislador para su configuración.¹⁸ “La libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, que son en gran parte derechos de libertad, pese a la clara conexión presente entre uno y otro aspecto.” (STC 127/1994, de 5 de Mayo, 1994).

Este tribunal se ha pronunciado diferenciando a lo que denomina “derechos primarios”, es decir los fundamentales, y los “derechos instrumentales”, es decir los medios materiales e instrumentos de comunicación necesarios para poder hacer uso de esta libertad.¹⁹ Pero como el propio artículo en el apartado cuarto, expone que esta libertad no es absoluta ni ilimitada. Siendo entonces indiscutible que la propia constitución le expresa sus límites, cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales o con bienes constitucionalmente protegidos, se interpretara cada caso y se analizaran las restricciones que produce dicho conflicto. De tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.²⁰

Estos medios de comunicación no deben impedir el ejercicio del mismo derecho por los demás ciudadanos, donde su limitada utilización y materiales. Generan un oligopolio condicionando a la difusión e información libre. Por lo cual el legislador decidió considerar servicios públicos esenciales a los medios de comunicación, radiodifusión y radiotelevisión. Correspondiendo al Estado la titularidad, pues el tribunal constitucional lo asigna por su tipo de canal esencial de información y

¹⁸ Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1994, de 5 de Mayo.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990, de 15 de febrero.

participación política de los ciudadanos, que crean la opinión pública así contribuyendo la divulgación de la cultura española, supone por ello su calificación como servicio público porque debe garantizar su efectividad, e igualdad ante los individuos.²¹

Se reitera entendiéndose que no es contraria a la constitución, siendo opción del legislador debido que es la propia Constitución la que en su artículo 128.2 aprueba la reserva al sector público, se justifica así que los medios de comunicación poseen una gran importancia para los ciudadanos, ya que estas y sus soportes técnicos generan la publicidad de la información plural y así como la opinión pública.

En un comienzo para la iniciativa privada de la televisión, es generada por una necesidad de implantación. Con uso de la decisión política del legislador no por un bien jurídico-constitucional, se crea mediante ley orgánica la normativa reguladora para la televisión privada, pero no puede suponer restringir la garantía del derecho. El tribunal constitucional no concibe la idea de la interpretación de la televisión privada como hilo conector, en cuanto se pronuncia “no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución”.²²

La libertad de empresa propicia un régimen de concurrencia de medios públicos y privados, es decir titularidad pública pero gestionada privadamente. Las empresas informativas como medios de comunicación garantizan la opinión pública y libre, debiendo de respetar los principios constitucionales así como el control democrático y su pluralismo, nos encontraremos con las denominadas empresas de información independientes y las empresas informativas de tendencia ideológica, guiadas por principios de la línea editorial. Estas exponen una diversidad de información generando diferentes enfoques que crearan, una conclusión de ideas en el ciudadano por medio de las distintas vías ideológicas o tendencias generales en la sociedad.

Es desde este punto donde comienza el límite, al deber de cumplir la garantía del pluralismo político, religioso, social cultural y lingüístico, que no repercute en la

²¹ España. Ley 4/1980, de 10 de enero, de estatuto de la radio y la televisión. Boletín oficial del Estado, 12 de enero de 1980, Exposición de motivos.

²² España. Tribunal Constitucional. Sentencia 12/1982, de 31 Marzo.

garantía de la libertad de empresa.²³ Ni tampoco es coartada, por la intervención administrativa para la creación de estos medios de comunicación. Pues el legislador prevé esta medida para la ordenación y control, que concurren entre las televisiones públicas y las privadas, todo ello también busca erradicar la tendencia de la administración de crear servicios de información bajo la figura del monopolio.

La libertad de empresa no sufre una fractura estando sometida a este mercado, pero su límite se recoge entre el desajuste en su regulación y las consecuencias de las medidas adoptadas y el fin que se pretende²⁴. Se respetaran las reglas que instruyen el mercado que se desarrollan, bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, estos dos conceptos la jurisprudencia constitucional los utiliza en atención a la proporcionalidad, como principio de conveniencia entre los medios utilizados y el fin buscando²⁵,

Es por ello que el régimen de concesión para crear los medios de comunicación como medida de control, para derrocar al monopolio no solo se fundamenta en la gestión indirecta concesional. Es también el convenio europeo de derechos humanos el que recoge el régimen de intervención previa de la administración para el desarrollo y creación de los medios de comunicación.

La idea central es que aunque sea un servicio público que depende de los poderes públicos, será abierto posteriormente a la entrada de los particulares para organizar la influencia y gestión de estos y garantizar su actividad como interesados, y como repercute su incidencia en demás bienes y principios constitucionales. Lo que intentada el legislador tras la denominación del servicio cómo público, es la efectiva y verdadera gestión y garantías de este derecho, y poder limitar su intromisión en demás derechos y libertades. La confluencia de los derechos y libertades con los medios de comunicación son visibles, tanto en el sector público como el privado. Con el paso del tiempo las empresas privadas de comunicación han generado una flexibilidad en su

²³ España. Ley 4/1980, de 10 de enero, de estatuto de la radio y la televisión. Boletín oficial del Estado, 12 de enero de 1980, Artículo cuarto.

²⁴ Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013.

²⁵ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 6/1984, de 24 Enero.

gestión, pero siendo consecuentes que el derecho a emitir sigue estando sujeto a previo conocimiento y autorización.

Tratando brevemente la idea (Cindoncha, 2006, págs. 260-261) expone que, en el ejercicio de la actividad de estas empresas comunicadoras, que afectará a la libertad de empresa en las cuestiones económicas, y en las cuestiones de divulgación de reflexiones y consideraciones afectara a la libertad de expresión e información.

Anteriormente citada la tendencia a escoger una línea editorial dentro del seno de las empresas privadas, produce que la labor profesional dentro de la empresa sufre la modulación del perfil de la información a difundir, dicho de otra manera cuando la empresa comunicadora escoja una línea editorial será el modelo que usara la empresa durante su ejercicio.

Cuando se crea el medio de comunicación se une la libertad de empresa y la libertad de información, creando la libertad de escoger dentro del pluralismo ideológico Escogiendo entre diferentes empresas ideológicas o de tendencia. Entenderemos como empresas ideológicas (“aquellas empresas dirigidas al logro de fines políticos, sindicales, confesionales, caritativos, educativos, artísticos y similares” (De Val Tena)) o las empresas de tendencias (“cuya organización y actividad son precisamente instrumentos de ejercicio, no solo individual, sino colectivo, de la libertad de ideología y de creencia” (De Val Tena)) elección que se llevará a cabo por la empresa comunicadora. El vínculo contractual del trabajador informador y la empresa informadora, se vincula con la divulgación de una determinada la ideología. O se adhieren a ella pero no pudiendo perjudicarla, bajo el poder de dirección con unos ciertos criterios establecidos por la empresa.

Desde otra perspectiva el uso de la publicación de información u opinión por medio de las personas físicas o jurídicas, se le otorga el legítimo uso del derecho a la información y expresión, cuando los datos que se exponen sean preferentes tengan veracidad, además de relevancia pública no mereciendo una protección especial, en el ejercicio de su actividad remunerada.²⁶

²⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre.

Otro punto a tratar es el contrato de trabajo, que genera un vínculo que no puede suponer por parte de los empleados su uso para privar de los derechos fundamentales como es la libertad de expresión e información, ya que es el deber de buena fe el que vincula la relación contractual. Siendo objeto de controversia al tratarse de trabajadores de las empresas comunicadoras, utilizando medidas de equilibrio entre el derecho del trabajador y la línea editorial, valorar los aspectos de gestión de la actividad y la limitación de la coordinación entre el trabajador y el poder del empresario.

El periodista lleva a cabo una creación intelectual, donde la empresa comunicadora podrá utilizar determinados mecanismos preventivos, para comprobar si la creación del periodista traspasa los límites de la línea editorial. Así como el tribunal constitucional ha recogido en sus sentencias, que el poder de llevar a cabo estos mecanismos, recae en director o responsable designado de la revisión previa y el veto de la creación. Debido si se genera un perjuicio por la información transmitida por la empresa, recaerá sobre ella la responsabilidad civil correspondiente por los daños que ocasionen. También será objeto de litigio la designación del director o responsable de dichas informaciones, y que los daños ocasionados y la responsabilidad repercutirán igualmente sobre la empresa comunicadora.

Prevé que esta facultad de la empresa de hacer uso de medidas preventivas, no queda vinculada al artículo 20.2 de la constitución. Y no se podrá denominar censura previa, pues esta facultad sirve para responder de su ejercicio incorrecto o abusivo.²⁷ Por lo cual no se entenderá la libertad de expresión e información como un derecho absoluto, sino restringido donde su intromisión con otros derechos fundamentales como la injerencia en la intimidad por su relevancia pública y social del personaje podría ser vulnerado, así cuando se produzca una injerencia en el honor y la veracidad de la información periodística que se exponga.²⁸

Una breve disección de la libertad de expresión e información de los trabajadores dentro del seno de la empresa, refiriéndonos a todas las relaciones de reciprocidad del trabajo de carácter ajeno. La libertad de expresión no puede ser

²⁷ Catoria Aba A. Capítulo “la libertad de informar y el acceso a los medios”, en El derecho a la libre información y sus diversas manifestaciones en el nuevo contexto tecnológico.

²⁸ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 172/1990, de 12 Noviembre.

interferida por el poder empresarial, es decir no limitar el derecho fundamental del trabajador de “la libre expresión de pensamientos, ideas, opiniones, creencias, juicios de valor y la crítica de la conducta de otro” (STC 6/2000, 17 de Enero), sin hacer del falso uso o intentar calificarlo como injuria o menosprecio, e insultos por parte del trabajador. Solo se entenderá vulnerado tal ejercicio y pudiendo desestimar el despido, si existiera extralimitación del empresario evaluando el margen de apreciación para el derecho u libertad vulnerada.²⁹

El tribunal constitucional ha identificado distintos planos de protección, tanto para el trabajador ante impugnaciones por despidos con carácter discriminatorio que atiente a su libertad de expresión, previendo la necesidad de ponderar si la reacción empresarial del despido es lícita o ilícita, por generar una vulneración a la regla básica del trabajo.³⁰

En otro plano se encuentra la limitación de la libertad de empresa, cuando se otorgue el poder sobre las relaciones contractuales de quienes presten servicios bajo su mando a sufrir desprecios. Y el trabajador no formulara o difundirá ideas y conocimientos sobre la empresa y su organización, ya que ambos están bajo el deber de la buena fe.³¹ Aunque este vínculo contractual no crea una lealtad de deber universal, y sometimiento al empresario, deberá respetarse.

Los representantes de los trabajadores muestran en el ejercicio de sus funciones, una limitación de su libertad de expresión, debiéndose valorar si verdaderamente se infringen la libertad sindical por pregonar información de la empresa. Información que divulgo en el ejercicio de sus acciones como representante, y cuya información supone de interés u opinión laboral y social. Se llevara a cabo por parte del tribunal determinar. Si existe una discriminación por parte del poder empresarial la vulneración de un derecho fundamental, o es al revés la vulneración de empresa por el uso del derecho fundamental del trabajador.³²

²⁹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 120/1983, 15 de Diciembre.

³⁰ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 241/1999, de 20 Diciembre.

³¹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 6/2000, de 17 Enero.

³² La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo de 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas.

Otro tema vinculado a la libertad de empresa y la expresión, es la publicidad que sufre una interconexión entre estas dos libertades, el concepto legalmente recogido en su ley es *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles e inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.³³

El estudio que realiza (Guerrero, 1997) supone el vínculo de la libertad de empresa con la comercialización, pues crea el acceso a la publicidad, propiciando la competitividad entre las empresa base de la economía de mercado. La publicidad lleva a los consumidores, la comunicación de información y opinión de los productos, incentivando el consumo de productos y con ello fomentando el mercado. Surgen limitaciones para la libertad de empresa y libertad de expresión, cuando la información que se aporte mediante la publicidad sea desleal o cuyo contenido se ilegal, todo ello porque la publicidad no puede suponer una vulneración del derecho del consumidor.

En resumen, se hace uso de este tipo de publicidad para generar una influencia comercial, y fomentar la competencia económica del mercado.

Otra vía de publicidad que se vincula exclusivamente con la libertad de expresión es aquella cuyo objeto de publicidad sea la de informar y formar la opinión pública. Y será objeto de protección las expresiones de naturaleza política, filosófica, cultural, artística, científica y características similares. Aunque tiene un mayor limitación por ejercer una opinión pública.

En conclusión se entiende que la libertad de publicidad no es absoluta y tienen restricciones para proteger y salvaguardar derechos y bienes constitucionalmente recogidos. Pero tratando desde el ámbito de la libertad de empresa, los consumidores están expuestos constantemente al mercado y son los que ejercen el interés y propician aún más la competencia debiendo respetarse su condición de consumidores.³⁴

³³ Artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de Noviembre, General de Publicidad.

³⁴ Revista de Derecho Constitucional, núm.50, Mayo/Agosto 1997, “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, José Luis García Guerrero.

B. LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA LIBERTAD DE CATEDRA Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

La creación de centros de enseñanza es un derecho fundamental incluido dentro del artículo 27 de la constitución en su apartado 6. Y recoge dos ideas la primera, podrá hacer uso de esta libertad tanto una persona física como jurídica. Y la segunda consagra la existencia de la educación pública, y como un servicio privado de enseñanza.

La creación de los centros privados, es la expresión de la unión de la libertad de empresa y derecho consagrado en el artículo 27.6 CE. Esta libertad de creación de centros es una garantía de la libertad de empresa, poseerá cada centro un ideario. En éste se recoge el carácter u orientación propia de cada centro, como requisito legal para desarrollar la libertad de empresa de estructurarse y organizarse como centro de enseñanza. Esta libertad de creación de centros es un concepto amplio y genérico en el que se recoge todos los niveles educativos, aunque el plano universitario conserve peculiaridades que están regidas en su propia ley.

Esta facultad de creación de centros docentes privados y establecimiento del ideario propio del centro. Se encuentra limitada por el respeto a los derechos y libertades fundamentales de los individuos, el pleno desarrollo de la personalidad humana, la protección de la juventud y a la infancia. Además de respetar los principios constitucionales, los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo. Y principios jurídicos de legalidad normativa, publicidad, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad.

El desarrollo de la enseñanza deberá impartir una serie de valores que respetaran todos los centros docentes que se creen, no se considerara una limitación a la libertad de establecimiento sino una medida positiva para el centro. Cada nivel educativo respetara los requisitos que le imponga el estado para ese nivel, impartiendo enseñanzas regladas del sistema educativo.

La idea principal del tribunal constitucional sobre la libertad de enseñanza, “En cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un

mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, de una parte el derecho a crear instituciones educativas y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan,..., Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador.” (STC 5/1981, de 13 de Febrero, 1981).

Los centros públicos tienen la capacidad de habilitar al docente, a resistir la obligación de dar en su enseñanza una orientación ideológica, permiten su oposición a enseñanzas e orientación de una realidad natural, histórica o social. Ya que nuestro sistema jurídico y político es plural, de libertad ideológica y religiosa de los individuos, y un Estado confesional. Pero en el caso de los centros educativos privados, se entiende el ideario educativo propio del centro como un límite debiéndose ajustar, no solo a aspectos religiosos y morales que imparta el centro, asimismo a las disposiciones mínimas que establezcan los poderes públicos de ajustarse a las enseñanzas reglada, sino también deberán prever la conciliación de los derechos del titular de la empresa educativa, centros, profesores, alumnos y padres según los principios que recaen en la derecho a la educación (en las materias, horas lectivas, etc.).³⁵

En un comienzo el tribunal constitucional tuvo que pronunciarse hacia los límites del ideario, debido a que se le llegó a reconocer el derecho a los propietarios de los centros educativos, atribuirles la capacidad de invadir y limitar la libertad ideológica y religiosa de los trabajadores/profesores, padres y alumnos del centro, cuyo sometiendo se consideró una inconstitucionalidad.³⁶

Desembocando en la potestad de dirección del titular del centro docente privado de sus instalaciones. Debiendo crear y redactar unos estatutos del centro, para los nombramientos y ceses de los órganos y cómo llevar acabo todas las decisiones de carácter administrativo, y garantizar al centro su responsabilidad de la gestión.

³⁵ Sistema de derechos fundamentales 4ª Edición, Luis María Díez-Picazo, Civitas.

³⁶ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 5/1981 de 13 febrero.

El tribunal constitucional no prevé vulneración de la libertad de empresa, en la ordenación de empresas educativas privadas, o aquellas que hagan uso de modalidades concesionarias, estando sujetas al deber de respetar el principio de gratuidad sino será un incumplimiento grave del concierto por parte del titular, pero podrá desarrollar actividades docentes con carácter lucrativo fuera del régimen económico de la financiación pública.

Por lo tanto los centros docentes privados podrán hacer uso de un modelo económico para el beneficio del centro, y que no interferirá en los derechos fundamentales consagrados.³⁷

La libertad de cátedra está recogida en el artículo 20.1.C de la constitución, la impartición de clases en un centro privado podrá colisionar con la finalidad de la empresa educativa. Es el tribunal constitucional el que recoge la perspectiva donde la libertad de cátedra, acoge a todos los docentes independientemente de si son titulares de puestos de cátedra, o puestos de investigación, etc. Es una libertad frente a los poderes públicos y el contenido articula el puesto de trabajo y en su ejercicio hace uso de su libertad.³⁸

Esta libertad está más presente en niveles superiores, y mengua según descende por los niveles educativos debido a la presencia constante de los poderes públicos y su normativa reguladora, que estructura y organiza el sistema público. Según descende se va limitando sus juicios de valor, uso de medios pedagógicos y métodos, así como la orientación ideológica de la enseñanza con plena libertad.

Cuando el profesor se incorpore libremente al centro, no es obligado a generar una alabanza, ni subordinación hacia el ideario, pero no podrá hacer uso de ataques abiertos contra éste, sino el pronunciamiento que versen sobre el desarrollo de su actividad.³⁹

³⁷ España. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de Junio.

³⁸ Aproximación a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución, Belda Pérez E.

³⁹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia 5/1981 de 13 febrero.

C. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO LABORAL.

Conflicto con la libre elección de profesión u oficio.

Primeramente la Constitución recoge la libertad de elección de profesión u oficio en el artículo 35, “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio”. La similitud de este precepto con la libertad de empresa, es que la segunda le ofrece libertad al individuo de elegir la actividad económica que quiere desarrollar y este precepto reconoce la libertad del individuo para elegir el trabajo que desee desempeñar. Además la elección de oficio prevé la libertad del sujeto para realizar su trabajo para una empresa, es decir, decidir ser un trabajador. Por lo tanto es evidente la íntima relación entre el derecho laboral, elección de oficio o profesión y la libertad de empresa. Pues tanto la ejecución de una actividad económica, como el trabajo asalariado o por cuenta ajena, llevan a los sujetos al desarrollo de su personalidad.⁴⁰

En algunas actividades es necesario acreditar la posesión de una titulación profesional legalmente definida, este fundamento está respaldado por la propia Constitución en el artículo 36. Y es el autor (Pérez-Pedrero, 1998), el cual no lo reconoce como un conflicto o coartación de la libertad de empresa, sino una simple condición para desarrollar distintas iniciativas económicas.

Nuestro ordenamiento establece la regulación de diferentes oficios y profesiones, como por ejemplo el caso de los farmacéuticos que deben poseer un título académico y estar inscritos en un colegio profesional oficial, acatando su regulación nada impide su establecimiento y la dispensación al público. Estos oficios deberán respetar su regulación, y el principio general de libertad de la Constitución, pudiendo desarrollar todas las actividades que no estén prohibidas, o cuyo ejercicio no subordine a condiciones ilegalmente determinadas. Y el respeto al principio de legalidad conforme lo redactado en las normas con poder legal.

⁴⁰ Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV 2003 “ensayo de la libertad de empresa”, Paz-Ares Rodríguez C. y Águila-Real J. Ediciones Civitas S.L.

Existen diferentes profesiones u oficios sujetos a requisitos que limitan el desarrollo de la profesión, estas condiciones supondrá para la iniciativa en la actividad empresarial una restricción, pues crea una subordinación del correcto cumplimiento de los requisitos que regulan y disciplinan el ejercicio de las profesiones. Dicho de otra manera, podrán realizar la actividad empresarial siempre que cumplan con los requisitos a los que se encuentra unida la profesión.⁴¹

Las profesiones u oficios que presten servicios y realicen una actividad en forma de grupo, se identifica como parte del ámbito de la libertad de empresa, denominadas sociedades profesionales.⁴² Aquellas que tienen por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales, sujetas a requisitos como en el caso anteriormente citado para los farmacéuticos.

En consecuencia estarán sujetas a la necesidad de titulación universitaria, e inscripción en el correspondiente colegio profesional. Realizando las actividades previstas para los profesionales colegiados, y asumirán los derechos y obligaciones de esa actividad, teniendo que acatar el soporte organizativo de la empresa-organización.

En un breve análisis de la libertad empresarial de creación de las farmacias, está sometida a la planificación pública y a salvaguarda del interés público. En definitiva, se encuentran sujetas a las competencias públicas y deber de obtener una autorización administrativa previa. Su argumentación se encuentra en la propia redacción de la Constitución, que asigna al Estado la coordinación de la sanidad y llegan a la conclusión, de que deben considerar las farmacias necesariamente objeto de organización y funcionamiento por parte de los poderes públicos, debido a su carácter sanitario y vinculación con los ciudadanos y sus necesidades.

De modo que los establecimientos de las farmacéuticas están unidos a reglas que disciplinen, de forma proporcionada y razonable para el mercado, y no supone objeto de

⁴¹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 109/2003, de 5 Junio.

⁴² Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A.

vulneración de la libertad de empresa, al estar sujeta a la autorización administrativa y a las peculiaridades territoriales.⁴³

Límites de la actuación empresarial y de dirección y organización de recursos del empresario.

La concepción de unión de los artículos 33 y 38 consagran su interconexión y crean el correcto desenvolvimiento para la actividad empresarial, y esta unión de preceptos modulará la inserción laboral del trabajador en la empresa. Por lo tanto la libertad de empresa brinda al empresario, la facultad de administrar con autonomía los recursos de la empresa entre ellos el activo intangible, es decir, los recursos humanos. Generándose conflictos y colisiones entre los intereses empresariales y los derechos de los trabajadores debiendo pronunciarse los órganos judiciales al respecto.

El empresario no puede considerar, que el vínculo del contrato supondrá el poder de coartar los derechos fundamentales al trabajador. Este deberá considerarse un ciudadano integro más y bajo la protección de sus derechos fundamentales, sin poder limitarlos por estar inmerso en una organización privada. “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional” (STC 88/1985, de 19 de julio, 1985).

Durante la vida del contrato existen equilibrios y limitaciones recíprocas para ambas partes, pero el poder del empresario y sus facultades organizativas no podrán suprimir, ni coartar los derechos fundamentales del trabajador. Parte del poder empresarial que genera conflictos es la vigilancia y control de que se efectúe la marcha de la producción, siendo una necesidad básica para un desarrollo correcto de la actividad, esto no supondrá una intromisión en los derechos fundamentales. El trabajador debe llevar a cabo sus responsabilidades laborales y estarán sujetas a los instrumentos de vigilancia y control del empresario para controlar que esas obligaciones

⁴³ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 109/2003, de 5 Junio.

se lleven a cabo. Utilizando las medidas oportunas debiendo en todo momento respetar la dignidad del trabajador.⁴⁴

No podrá ser objeto de limitación u objeto de intromisión, por parte de la empresa o empresario, el acceso de las comunicaciones ajenas a la organización del trabajador, el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 de la Constitución, englobara como vulneración el comportamiento y acción, que se lleve a cabo para hacerse conocedor de la comunicación. Encontramos como ejemplo, abrir correspondencia o la propia intromisión del móvil de uso privado o correo electrónico, siendo los medios de comunicación más comunes de los individuos. La evolución en los avances tecnológicos de la comunicación, ha expandido el ámbito del derecho a la intimidad. Es entonces cuando el tribunal constitucional entra en la discusión de que el derecho a la intimidad va más allá del espacio del domicilio incluyendo de esta manera los correos y medios tecnológicos que almacenan información privada en la memoria del terminal.⁴⁵

Cuando el ordenador sea propiedad de la empresa y de uso exclusivo del trabajador para desempeñar su trabajo. Y la información que se encuentre en él almacenada, así como los ficheros informáticos que se quedan registrados en el ordenador, supondrá que dicha información recogida que no supondrá la vulneración de la comunicación de información de la actividad empresarial, no supondrá una intromisión, ni vulneración de la dignidad e intimidad del trabajador, ya que supone una trasgresión del deber de buena fe contractual.⁴⁶

La doctrina del tribunal constitucional considera dentro de la facultad del empresario el uso de la videovigilancia, como medida e instrumento de control y vigilancia. Y no supondrá una vulneración para el trabajador siempre que se respete el procedimiento conforme a la legalidad, realizar el juicio de proporcionalidad de cada situación debiendo los trabajadores ser informados de las medidas y respetando la intimidad personal del individuo, asimismo llevar acabo el procedimiento de la

⁴⁴ España. Tribunal constitucional. Núm. 241/2012, de 17 Diciembre

⁴⁵ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 173/2011, de 7 Noviembre.

⁴⁶ España. Tribunal constitucional. Núm. 170/2013 de 7 Octubre.

protección de los datos para garantizar los derechos de las personas sujetas a esa vigilancia.⁴⁷

El tribunal constitucional expone que se puede estimar necesaria la adaptación y modulación de los derechos del trabajador a las necesidades de la organización, como derechos necesarios e imprescindibles para la actividad productiva, y apreciar sí razonablemente la ejecución es necesaria y adecuada al fin que se persigue. Un ejemplo es el alcance del derecho de la propia imagen del trabajador, (STC 99/1994, de 11 de abril, 1994) valorando el tribunal si supone una coordinación del interés de la empresa y el interés del trabajador, y que para ello se deben evaluar conforme tres principios de valoración, si es adecuada al fin que persigue, indispensable y necesaria, y proporcional a su trabajo y por tanto sea necesario que lo ejecute.⁴⁸

Otra limitación al poder de organización del empresario supone los horarios comerciales, no supone privar de libertad empresarial está reconoce la restricción de los horarios en atención a la economía del mercado, siendo el mercado una garantía constitucional recogida en el propio precepto de la libertad de empresa. Esta reconoce al sujeto, el libre inicio, planificación y dirección de la empresa, así como el establecimiento de objetivos en atención a sus recursos y al propio mercado. Por lo tanto se entenderá que el régimen de horarios es una vinculación para regular el mercado, este régimen no puede suponer un límite irracional sino perjudicaría y sí supondría una vulneración de la garantía del mercado, y por lo tanto del artículo 38.

Se emprendió la búsqueda de un sistema de horarios comerciales cuyo fin satisfaga y salvaguarde el interés general, llevándolo a cabo bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad procurando no disminuir el ejercicio de la actividad. Al no afectar directamente a la libertad de empresa puede suponer que el estructurador y diseñador del régimen opte por limitar o de liberar el horario comercial.

⁴⁷ España. Tribunal constitucional. Núm. 39/2016, de 3 Marzo.

⁴⁸ Pérez-Pedrero, E. B. (1998). Aproximación a la libertad de empresa del art.38 de la Constitución. En *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia: Universitat de València: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración.

Todo es por y para potenciar la demanda interna, estimulando el consumo privado y la inversión, incentivando como consecuencia el impulso de la contratación en vistas de ampliar el empleo.⁴⁹

Dentro de los dos regímenes de horarios, libre o limitado. Creyendo en un óptimo modelo intermedio, prevén dos beneficios de la liberalización del horario para la economía general del país y con ello libertad de empresa, propiciando una mayor competencia que generará una inflación. Y el segundo beneficio es público supondrá la reforma del comercio tradicional para satisfacer las necesidades y las exigencias del público. La fundamentación recae en el artículo 51 de la Constitución española “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.” Todo este enfoque sobre la regulación de la política de horarios y el urbanismo comercial, ejerce un vínculo directo con el artículo 38 porque el tiempo, fruto del régimen horario muestra el periodo de apertura y cierre de los comercios y la duración de estos lapsos de tiempo. Lo consideraremos elemento primordial de la competencia del mercado y su buena gestión y uso supondrá un beneficio para el mercado.

Cabe destacar sobre el urbanismo comercial y la libertad de empresa, que dentro del mercado existen problemas con el pequeño comerciante y las grandes superficies. Y por ello se ha creado la licencia comercial específica, este régimen busca adaptar características de la superficie y establecimientos para decidir desde la discrecionalidad la obtención de la autorización, en la práctica la discrecionalidad supone inseguridad jurídica, pero este instrumento busca una correcta planificación comercial.⁵⁰

Entre los límites de la actuación empresarial cabe destacar su facultad sancionadora, recogida en el propio estatuto de los trabajadores. Donde la dirección de la empresa puede sancionar a los trabajadores por incumplimientos laborales pero de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones, recogiendo criterios de evaluación. Podrán tomar en consideración el contrato de trabajo, si el objeto de éste no se

⁴⁹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia Núm. 225/1993, de 8 Julio.

⁵⁰ Ariño Ortiz G. “Principio de derecho público económico” Lección séptima “libertad de empresa”, Ed. Comares, S.L.

desarrolla correctamente, vulnerando la regla de la buena fe contractual entre las partes, como aprecia la sentencia podrán modularse el derecho fundamental dentro de unos límites si fue lo que llevo a las partes a la celebración del contrato. (STC 170/1987, de 30 de octubre, 1987).

El tribunal se pronuncia sobre las posibles sanciones ante conflictos provocados por parte de las expresiones de los trabajadores hacia la empresa, no encontrando distinción entre estos dos conflictos. Por un lado se trata, de un instituto municipal de cultura y deportes adscrito a un ente de la administración pública, y por otro trata de una organización privada, un club de futbol.⁵¹

La jurisprudencia no otorga a quienes prestan servicios a que deban soportar despojos transitorio o limitaciones injustificadas en los derechos fundamentales. Y no refleja distinción cuando se trate entre una organización privada y una empresa pública, las modulaciones de los contratos de trabajo con la finalidad de salvaguardar la actividad productiva, deben ser estrictamente en lo imprescindible y no limitar la libertad de expresión de pensamiento, idea u opinión, que no sobre pasan los límites de las injurias e insultos. Por lo que la organización no pondrá ajustar la libertad de expresión de los trabajadores bajo la justificación del interés empresarial.⁵²

D. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO ASOCIACIÓN.

El derecho de asociación se recoge en el artículo 22 de la constitución, está incorporada dentro de los derechos fundamentales y su tutela es exigible mediante el recurso de amparo. Dando lugar al derecho de crear agrupaciones permanentes, libremente y de forma voluntaria, excluyendo una serie de asociaciones ilegales con cualidades como, buscar fines o utilizando medios tipificados como delito, estando prohibidas las asociaciones de carácter secreto y paramilitar. En consecuencia podrá surgir la situación idónea para estas dos libertades, cuando las agrupaciones de personas quieran constituir una actividad económica, se protegerán por el derecho de asociación cuyos fines e ideales pueden y deberán ser equivalentes entre ellos.

⁵¹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 186/1996, de 25 Noviembre

⁵² Aproximación a la liberta de empresa del art. 38 de la Constitución, Belda Pérez E.

La distinción entre asociación o sociedades no es excluyente ya que, el derecho de asociación es la muestra del pluralismo social que se expresa eficazmente contribuyendo así al desarrollo de la personalidad de los individuos, agrupándose estos con aquellas personas que buscan el mismo fin, colaborando entre ellos y haciendo uso de los medios necesarios.

Este argumento ha surgido de la confrontación de ideas, sobre si incluir en el ámbito subjetivo del derecho de asociación incluir a las sociedades mercantiles. Este conflicto se fundamenta debido en que la libertad de empresa, aprecia que puede tener tanto un titular de la actividad una persona física, como a una jurídica. El Estado social desarrolla la potestad de dictar las normas para reconocer la colectividad de estas actividades empresariales, además cabe resaltar el deber del Estado de reconocer el principio de igualdad y no discriminación, entre las empresas societarias y las individuales.⁵³

El tribunal constitucional abre el concepto de asociación tradicionalmente usado, “más allá de uniones de personas con fines no lucrativos” al expandir el concepto con el código civil que refleja el derecho a asociación del interés particular, sean asociaciones civiles, mercantiles o industriales con personalidad propia. Dicho de otro modo el tribunal se pronuncia y expone que el derecho a asociación, comprenderá tanto las uniones de personas con finalidad lucrativa como las no lucrativas.

Por ello se podrá abordar una vulneración del derecho fundamental de asociación, cuando el motivo de transgresión sea del contenido de dicho precepto. Al tratarse de sociedades mercantiles y sobre todo de sociedades de capitales, que supone la unión de personas y capitales, se prevé un vínculo con diferentes derechos, por esa razón se analizara el objeto del litigio para establecer el derecho vulnerado.⁵⁴ Al plantearse cada supuesto se entenderá lesionada la naturaleza asociativa, cuando el objeto del litigio trate del carácter asociativo o del carácter personal de la sociedad. Y se entenderá vulnerado en las sociedades el derecho a la propiedad o libertad de empresa,

⁵³ Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV 2003 “ensayo de la libertad de empresa”, Paz-Ares Rodríguez C. y Águila-Real J. Ediciones Civitas S.L.

⁵⁴ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 96/1994, de 21 Marzo.

cuando el objeto del litigio verse sobre la asociación como propiedad o tenga carácter económico, no correspondiendo la aplicación del artículo 22.⁵⁵

En conclusión existe el vínculo entre ambos derechos al desarrollar la actividad económica bajo la colectividad y los principios de coordinación y cooperación entre los individuos, propiciando el vínculo ya que supone una necesidad. Y deberán prever la diferencia ante los conflictos que se creen en las sociedades, cuando se trate de las relaciones de la sociedad, relaciones con los socios y la distribución dentro de la sociedad, o la actividad económica.

E. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO PROPIEDAD PRIVADA.

En el artículo 33 de la Constitución “se reconoce el derecho a la propiedad privada”, es evidente que la libertad de empresa y el derecho a la propiedad tienen una relación directa y vinculada.

En un comienzo el legislador ha expuesto la concepción de la propiedad privada, como la libre disposición de un bien dominado por el titular, sujeto a la protección del interés general y protección a terceros. Dando paso a la actual concepción más elaborada de la propiedad privada, como el conjunto de facultades del individuo sobre los bienes que ha adquirido, que se encuentran unidos a derechos y deberes a cumplir. Debiendo asimismo acatar la función social siendo una delimitación recogida en el propio precepto.

La idea central de la influencia de estos preceptos, según (Paz-Ares Rodríguez & Alfaro Águila-Real, 2003) es que ambas disposiciones están sujetas a una conexión. La libertad de empresa como la figura de la actividad económica, y el derecho de propiedad sobre los activos para el desarrollo de la actividad empresarial. No es obligación del empresario ser el titular de los activos, romperá el vínculo de ambos derechos cuando no sea el propietario. Por lo tanto la unión de los artículos 33 y 38, se entenderá como la protección de los bienes de la actividad económica desde los activos de la empresa como los activos de los productos. A esta idea se une y favorece que la doctrina entienda como el seno de la libertad de empresa se reafirma y apoya bajo el derecho a la

⁵⁵ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 23/1987, de 23 Febrero.

propiedad privada, es decir esta última se encuentra dentro de la libertad de empresa, creando un modelo económico de mercado que impondrá unos límites a la intervención estatal.⁵⁶

Anteriormente citado este vínculo de derechos puede romperse, y surge cuando se produzca la intromisión del Estado pues existe la relación entre ambos. Cuando la empresa que no posea la titularidad de los activos, ya sean activos como productos o activos de la empresa. Será objeto de coartación de la libertad de empresa, cuando no puedan gestionar y utilizar la propiedad como quiera el empresario, también cuando afecte a la gestión y comercialización del producto.

Cuando sea una limitación permitida para la libertad de empresa, se generará una reciprocidad de la limitación al derecho de propiedad, o al revés. Como ejemplo de ello, es la actividad empresarial de explotación de tierra, debido a la ley andaluza de reforma agraria, (STC 37/1987, de 26 de marzo, 1987) *“las limitaciones a la actividad empresarial agrícola son, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica, determinadas por la función social de esta última ,..., lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir.”*

Tras lo expuesto, cuando una limitación afecte a ambos derechos y se estime aceptable para uno, y este repercute en el otro, se considerara aceptable también. Pues la barrera que establece a la actividad empresarial agrícola supone limitar el uso y explotación de la tierra/propiedad y esto deriva en la gestión empresarial de la actividad, por lo que sufre una privación, reducción y la exigencia al empresario para determinar su actuación empresarial.

Una medida restrictiva de la propiedad privada es la expropiación, siempre sujeta a la legalidad y conforme a la indemnización que le correspondería. La libertad

⁵⁶ *“La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”*, Miguel Herrero De Miñón, <<Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 57, Sept /Dic 1999. >>

de empresa sufrirá limitaciones de los poderes públicos cuando se efectúen en la propiedad privada de éstas, estando ante un concurso ideal ya que se crea una reciprocidad.

Cuando una actividad económica que se ha creado y desarrollado con normalidad y libremente, sea publicada o reserve el Estado su actividad, esto supondrá una expropiación, debiendo ir acompañada de la indemnización correspondiente. El caso contrario donde la empresa sujeta a restricciones legales para su creación y desarrollo de la actividad económica y sufra una liberalización no le corresponderá indemnización alguna.

Dentro de la conexión de estos dos derechos, se encuentra la figura del accionista-inversor. Reconociéndose dos líneas de actuación distinta, una es el accionista-inversor como imagen de la libertad de empresa, cuya preocupación es la búsqueda de la estabilidad y mejora del sistema financiero de la empresa, y no genera ningún interés por la función social que cumpla la propiedad.

Desde la otra perspectiva está el accionista-inversor, que no lleva acabo la actividad empresarial sino ejerce su derecho sobre la propiedad privada, esto es sobre los activos sociales. Ha generado controversias, ya que debe tener una protección del Estado ante su situación de copropiedad, donde no se le impongan medidas que lo coarten y protejan su derecho, ya que se encuentran sujetos a la expropiación.⁵⁷

Otro punto a tratar sobre la confrontación de estos dos derechos, en el medio urbanístico y la ordenación del territorio. Los poderes públicos regulan la utilización del suelo con sujeción a los principios del interés general por medio de la ley. El legislador conecta el derecho a la propiedad con la libertad de empresa y sus ámbitos materiales, reconociendo el proceso urbanizador con la iniciativa privada.

La ordenación urbanística y territorial corresponde a los poderes públicos, amparado por el artículo 149.1.1ª de la constitución. El urbanismo español clasifica sus territorios por tipos de suelo, para garantizar las condiciones básicas recogiendo entre

⁵⁷ Alfaro Águila-Real J. Capítulo “Ensayo sobre la libertad de empresa”, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Ed. Thomson Civitas.

ellas la igualdad de los ciudadanos sobre el derecho de propiedad, clasificación que llevara a cabo el Estado y las comunidades autónomas encargadas de su protección. La protección del suelo es un principio rector de la política social y económica recogida en el artículo 47 de la constitución “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias,..., regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general” justificando, el porqué, la actividad urbanística queda fuera la decisión del empresario urbanizador.⁵⁸

En conclusión, sufre una detracción negativa en la esfera de la propiedad y la libertad de empresa, debido que la actividad urbanizadora podrá ser de ejecución pública, gestionada directamente por la administración. O cuando no estime conveniente emprender ella la actividad, acuda a la iniciativa privada y estos se lucren económicamente, pero no correspondiéndole a estas la dirección y control del proceso urbanizador.⁵⁹

4. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.

En este punto se trata de un breve estudio de lo que se entiende por la constitución económica española, en ella se recogen los principios básicos del orden económico y social del país.

El conjunto de artículos de la constitución recoge diversos preceptos económicos, que supondrán la organización economía. Ya desde el preámbulo de la constitución reconoce un orden social y económico justo, y en el desarrollo del artículo 2 recoge el principio de unidad que reconoce plenamente la esfera económica, y que se encuentra sujeta a determinados preceptos recogidos a lo largo de la norma.

Entre ellos encontraremos el artículo 128 al completo, donde se recoge la subordinación al interés general, protección e impulso de la riqueza de la nación y aceptar la iniciativa pública en actividades económicas, así como la reserva de las actividades al sector público, uniéndole el deber de garantizar los servicios esenciales debido a la que su actividad supone una garantía para los ciudadanos que no puede ser

⁵⁸ España. Tribunal Constitucional. Sentencia Núm. 61/1997, de 20 Marzo.

⁵⁹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia Núm. 141/2014, de 11 Septiembre.

interferida teniendo el deber el estado de salvaguardarla. También siendo parte del conjunto de estos preceptos se encuentra el artículo 131 apartado primero, el cual expone como el poder del Estado, deberá llevar acabo la planificación de la actividad económica general teniendo en cuenta las necesidades colectivas de los ciudadanos, y propiciar la armonización en todo el territorio de la planificación. Además el artículo 139 apartado segundo, éste establece la importancia de la protección de la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la distribución de su bienes por todo el territorio español. Donde ninguna autoridad practicara usos para su impedimento, ya que se crea una conexión evidente con la libertad de empresa donde está prevé la iniciativa economía privada, siendo pilar de la esfera económica de la Constitución. Y el artículo 138 apartado segundo, queda prohibido por parte de las comunidades autónomas el aplicar privilegios de carácter económico y social, ya que se encuentran sujetas a acatar las medidas de la política económica, que se establece para todo el territorio nacional.⁶⁰

La constitución económica ha sido objeto de estudio reiteradas veces en el tiempo, por el carácter ambiguo que se exponen en los preceptos económicos que consagran. Estos fueron fruto del consenso de ideologías en su redacción, generando los grupos políticos la influencia sobre los preceptos mediante sus programas económicos.

Por lo tanto no es un modelo económico cerrado y rígido, se pretende que exista un modelo económico constitucional que muestre una unidad sistemática de los elementos normativos que la constitución recoge y que supone el enfoque de la economía, pero tal que modelo carece de valor y fuerza prescriptiva.⁶¹ Además la constitución se pronuncia sobre otro elemento de la esfera económica, la economía de mercado recogida en el artículo 38, encontrando una economía mixta, sujeta a la intervención y planificación. La indeterminación y la apariencia libre del contenido,

⁶⁰ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 1/1982, de 28 Enero.

⁶¹ El Albertí Rovira E. “La Constitución económica de 1978”. Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución Española.

dejan al poder gubernativo también la elección de distintas formas de organización de la esfera económica y la intervención sobre está.⁶²

De modo que los preceptos constitucionales no imponen políticas económicas ni el sistema económico, se admite cuantas sean posibles dentro de los límites recogidos. Siendo la constitución una norma objetiva cuyo contenido económico deberá proyectarse, porque ofrecerá un sentido a la materia económica, así como el respeto a los principios ideológicos presentes en el Estado.

El sistema económico tiene dos vías de defensa en la constitución. A primera vía se encuentra sujeta a la actividad económica, donde los sujetos están unidos por diferentes actuaciones y por ser agentes económicos. Uno de los agentes económicos es el empresario, cuya protección más evidente es la libre iniciativa de empresa, sujeta a las exigencias de la economía general y la planificación. Unido al derecho a la propiedad sobre los activos y recursos de la producción, y que está sujeta a ser limitada por la función social. Subordinándose al interés general del artículo 128 apartado primero, donde establece que toda la riqueza del país sea cual fuese su titularidad está subordinada al interés general. Así como junto a más derechos como es el de asociación, negociación colectiva, circulación y residencia libre, adopción de medidas de conflicto colectivo, etc.

Otro agente económico son los trabajadores, que en cambio se encuentran protegidos por todos los derechos fundamentales inherentes al ciudadano, así como derecho al trabajo, libre elección de oficio, promoción del trabajo y a una remuneración suficiente, la libertad sindical, a la negociación colectiva y al uso de las medidas de conflicto colectivo, aunque con anterioridad hemos estudiado la modulación de distintos derechos con la libertad de empresa, etc. Cabe resaltar el fomento en la empresa de la promoción y participación de los trabajadores en ella, recogido en el artículo 129 por parte de los poderes públicos así como del artículo 40 la formación de estos y su adaptación como profesionales, procuraran la seguridad e higiene de estos en el trabajo, el descanso la restricciones en la jornada del trabajo, etc.

⁶² Gaspar Ariño Ortiz, Principios de derecho público económico – modelo de Estado, gestión pública regulación económica. 3ª Edición, Editorial Comares, S.L.

Los consumidores son también objeto de protección, no corresponde dentro del título de derechos fundamentales, pero hace eco a los poderes públicos para la protección de estos en el artículo 51 CE, haciendo uso de procedimientos bajo los caracteres de eficacia, seguridad, salud e intereses económicos.⁶³

Y la segunda vía constitucionalizada de la economía, es la economía de mercado que recoge el artículo 38 en su desarrollo sirviendo de límite al sistema económico, es un tema debatido en la doctrina establecer un sistema económico, dado que el carácter abierto de la economía de mercado, origina controversias pues detrás de cada ideología había una vía de aplicación.

La economía de mercado la debemos entender basada en la libre iniciativa privada en actividades económicas y el mercado funcionando de coordinador. Por lo que crearan los lazos para una unidad económica de la nación, y sujeta a la existencia de un mercado único, para poder llevarse a cabo el desarrollo de la competencia constitucional de coordinación de la planificación de la actividad económica.⁶⁴

Considerando la economía de mercado, como economía social del mercado, su fundamentación la hallaremos en los propios preceptos económicos. Donde los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la iniciativa de empresa dentro de la economía del mercado, y defendiendo la productividad según la planificación y economía general (art 38), también preverán condiciones para un progreso social y económico y una estabilidad económica y que creen en el desarrollo de una política de pleno empleo (art 40). Entre sus ideas se encuentra la utilización racional de los recursos naturales y proteger la calidad de vida y el medio ambiente. Los poderes públicos se encargaran de garantizar la defensa de los consumidores para el interés económicos de éstos (art 51). Otro de sus fundamentos es la subordinación de la riqueza del país al interés general, la iniciativa pública, la participación de la empresa,

⁶³ Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A.

⁶⁴ Garcia de Enterría E. Estudios críticos, “La sentencia constitucional 118/1996, de 27 de Junio.

modernización y desarrollo de los sectores económicos, planificación de la actividad económica general incentivando el crecimiento de la renta, riqueza y justa retribución.⁶⁵

A lo largo del desarrollo de este apartado hemos hablado de la unidad económica, es decir la unidad del mercado. Pero este principio de unidad también se dirige hacia la unidad de la política económica, respaldada esta idea por el artículo 139 apartado primero. El Estado central tendrá la competencia de garantizar un mercado único en la política económica y proteger el interés general superior, la distribución y ordenación territorial del estado español es de característica descentralizada. Por esto la economía otorgará funciones competenciales, sobre los territorios autónomo y no sufran economícenle disfunciones por todo el territorio del Estado.

. El estado tiene competencias para desarrollar políticas instrumentales que afectaran a las comunidades autónomas, para la unidad política económica. De esta manera las competencias impuestas en el sector supondrán objeto para complementar las comunidades autónomas la complementariedad de las comunidades autónomas, donde el Estado tiene la competencia para llevar a cabo políticas instrumentales que afectan a competencias de las comunidades autónomas, y así obtener la denominada unidad política económica.

Por lo que la jurisprudencia ha dado a conocer que elementos deben ser necesarios para determinar si la competencia es del Estado o de la comunidad autónoma, no debiendo dejar sin competencias a las comunidades autónomas.⁶⁶ El Estado se reserva un conjunto de materias y competencias, y las que no les sean adjudicadas serán atribuidas a la comunidad autónoma.

Corresponderá al estado la planificación de la actividad económica, pero no supone dejar sin materia a la comunidad autónoma, estas adoptaran las medidas previstas para garantizarlo y deberán tener coherencia con la política económica, los

⁶⁵ Entrena Cuesta R. Capítulo “El principio de libertad de empresa”. El modelo económico de la Constitución Española Volumen I. Publicación del instituto de estudios económicos.

⁶⁶ Cindoncha, A. (2006). La libertad de empresa. Aranzadi S.A.

objetivos y su interdependencia para la unicidad del territorio del Estado y obtener una igualdad y funcionalidad.⁶⁷

La regulación de la ordenación para conseguir una homogeneidad se ampara en el artículo 149.1.13 de la Constitución, se sustenta en la consideración del título para alcanzar cualquier acción de la economía general y posee una repercusión directa y significativa.⁶⁸

En conclusión la competencia es exclusiva del Estado, para asentar las bases y la coordinación de la planificación de la economía. Supeditando a las medidas de bases por parte del Estado a las comunidades, y no supondrá eliminar ni imponer un límite injustificado de su potestad autonómica. Por tanto el Estado no restringe a la comunidad autónoma, ni se otorga un poder sobre el sector en el que interviene, sino que deberán prever una garantía a la supletoriedad de su potestad no imponer ningún límite injustificado. Se encuentra sujeto al control de los principios constitucionales del principio de legalidad. La interdicción de los poderes públicos, respetando el principio de autonomía política, y entre sus obligaciones el deber de acatar el artículo 149. Bajo el control de los principios de legalidad, de la interdicción de los poderes públicos, principio de autonomía política, y el deber de aplicar correctamente el artículo 149.

5. CONCLUSIÓN

La libertad de empresa es un derecho que consagra la constitución y su contenido está blindado para el legislador que deberá acotar y prever su vinculación y desarrollo al compás de su contenido, ineludible y necesario que permitirá la satisfacción de las necesidades e intereses del individuo, tendrá que proporcionar como limitar este derecho cuando se choque con otros derechos análogos. En ella se reconoce la libre elección de establecimiento de empresas, el desarrollo de actividades económicas, por lo que se entiende el artículo como la protección de la libertad de empresa y defensa de la productividad sujeto a la economía general y a la planificación intervenida por los poderes públicos.

⁶⁷ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 186/1988, de 17 Octubre

⁶⁸ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 124/2003, de 19 Junio.

La perspectiva ambigua de la proyección de la economía, es debatida desde distintas ideologías y cada una aporta una visión concreta de lo que se fundamenta en los preceptos, al ejercer un carácter abierto donde se recogen pautas que deberán contener pero que se amoldaran al concreto modelo que decidan impartir. Finalmente muchos autores sustentan que el modelo económico constitucional es la economía social de mercado, donde este régimen económico establece la unidad de actuación y comportamiento, que une la libre competencia, la propiedad privada y la libertad de empresa, como fundamentos que generan el progreso social y económico.

El sometimiento a la planificación, alude a tener en cuenta que los propios poderes públicos generaran actividades y planificaran el sistema económico de la sociedad, llevando acabo medidas y creando limites por los que se guiara.

Cuando se entra analizar lo que es contenido del concepto de constitución económica, es porque a lo largo de la redacción de este texto se ha redactado diferentes preceptos que se vinculan al concepto de constitución económica. Pero estime necesario la redacción de este pequeño apartado para exponer una perspectiva general de lo que supone la perspectiva económica, la dificultad y ambigüedad que se ha presentado a lo largo de estas cuatro décadas.

La propia constitución recoge la libertad de empresa como derecho fundamental cosa que se da por hecho en muchos países de la unión europea, la libertad de empresa y su marco normativo de libre desplazamiento y el principio de no discriminación ha favorecido la entrada de España en la unión europea.

La libertad de empresa es un pilar dentro del contexto económico, ha sido fruto de la necesidad y libre establecimiento de está. Donde el libre establecimiento es uno de los pilares del tratado de funcionamiento de la unión europea también. La carta de derechos fundamentales de la unión europea recoge la libertad de empresa, que conforme al derecho de la unión europea y las legislaciones nacionales y sus prácticas que deberán ser acordadas. España está recogida entre las novedosas de recogerla con el contenido amplio para la iniciativa económica que busca el desarrollo de la personalidad y la libertad de la persona. El principio de unidad económica del estado español, muestra otro carácter pionero que surte de la unión europea que busca realizar

un mercado único interior, para proteger sus cuatros libertades económicas fundamentales de los tratados, lo dicho unidad de mercado del estado español que lo busca como un principio de la economía nacional de España.

La libertad de empresa sufre distintos límites y es el propio tribunal constitucional el cual se reitera en ellos constantemente ante los conflictos que surgen sobre este derecho.

Entre sus conflictos se recogen los choques con otros derechos fundamentales, donde se entra a evaluar las medidas y los límites que se aplicarán a tales derechos evaluando bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, para prever las medidas a llevar acabo y el uso de ellas, para que no suponga una vulneración de los derechos del sujeto.

La intervención pública es constante sobre los conflictos ocasionados en relación con derechos fundamentales o que derivan de dicho precepto, siempre en busca de atender las necesidades de la colectividad y proteger al ciudadano, se encuentran límites a la actuación empresarial, ya sea desde la privatización como el sometimiento a una autorización. Así como la protección de los principios constitucionales, y debiendo llevar su actuación sujeta a tales principios y todo con ello en busca de una igualdad ante la ley y no ejercer una discriminación y vulneración de demás derechos del ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- Cindoncha, A. (2006). *La libertad de empresa*. Aranzadi S.A. .
- Guerrero, J. L. (1997). La publicidad como vertiente de la libertad de expresion en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77-101.
- Herrero De Miñon, M. (1999). La constitucion economica: Desde la Ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57.
- Paz-Ares Rodríguez, C., & Alfaro Águila-Real, J. (2003). "Ensayo sobre la libertad de empresa". En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. civitas Ediciones, S.L.
- Pérez-Pedrero, E. B. (1998). Aproximación a la libertad de empresa del art.38 de la Constitución. En *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia: Universitat de València: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración.
- Sara Sieira, L. d. (2011). *Sipnosis del articulo 53*. .
- Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV 2003 “ensayo de la libertad de empresa”, Cándido Paz-Ares Rodríguez y Jesús Alfaro Águila-Real. Ediciones Civitas S.L.
- “*La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración*”, Miguel Herrero De Miñon, <<Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 57, Sept /Dic 1999>>.
- Sistema de derechos fundamentales 4ª Edición, Luis María Díez-Picazo, Civitas.
- La Constitución Española, edición preparada por Luis Martín Rebollo, Ed. Especial, Editorial Pamplona. Thomson-Aranzadi, 2003.
- Catoira Aba A. “El derecho a la libre información y sus diversas manifestaciones en el nuevo contexto tecnológico”.
- Pérez Gómez A. “El control de las concertaciones de medios de comunicación” Derecho español y comparado.
- Bastida Francisco J. Catedrático de Derecho *Constitucional* “El derecho fundamental a crear medios de difusión en la jurisprudencia constitucional de los noventa”
- Garrido Falla F. Estudios “EL modelo económico en la Constitución Española” Volumen I. Publicaciones del instituto de estudios económicos.

