

Libertad de empresa en el Estado social de Derecho

Magdalena
Correa Henao

LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

MAGDALENA
CORREA HENAO

LIBERTAD DE EMPRESA
EN EL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO

ESTUDIO PRELIMINAR DE
LUCIANO PAREJO ALFONSO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-710-313-7

© 2009, MAGDALENA CORREA HENAO
© 2009, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: mayo de 2008

Diseño de carátula y composición: Departamento de Publicaciones
Impresión y encuadernación:
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

NOTA INTRODUCTORIA	23
ESTUDIO PRELIMINAR	25
INTRODUCCIÓN	57
La estructura de la investigación	58
Las fuentes del estudio	61
El método comparativo	64
La identificación entre las voces “libertad de empresa” y “libertad económica”	65
PRIMERA PARTE	
LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	67
CAPÍTULO PRIMERO	
LA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO	69
I. Unidad constitucional y función de las normas constitucionales en la definición del derecho	71
II. La disposición constitucional que declara la libertad de empresa o económica como libertad constitucional	71
A. La ubicación de la norma declarativa del derecho	72
B. El contenido del precepto, la descripción del derecho y el resultado sobre el tipo de norma constitucional	73
III. La libertad de empresa y la Constitución económica	76
A. La libertad económica o libertad de empresa como derecho de contenido económico	77
B. La Constitución económica	82
1. Unidad constitucional, unidad en la idea de libertad	83
2. Neutralidad y rigidez	89
3. Valor interpretativo	94
4. Las columnas o pilares que la estructuran	96
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL PILAR DE LA IGUALDAD	99
I. Fundamento constitucional	101
II. Ductilidad y consistencia del concepto Estado social de Derecho	106
III. La prevalencia del componente social igualitario del Estado social de Derecho, en particular en su carácter de principio estructural de la Constitución económica	109
IV. Crisis del modelo “intervencionista” del Estado social de Derecho	113

v. Estado social de Derecho e igualdad material en la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de empresa	115
A. La prevalencia de la igualdad material	117
1. La protección de la parte débil de las relaciones económicas	117
2. Igualdad material y unicidad del mercado	117
3. Desigualdad de trato frente a la ley como garantía de la igualdad material de las empresas	119
B. El Estado social de Derecho como fundamento de la proclive limitabilidad de los derechos económicos	120
CAPÍTULO TERCERO	
LA ECONOMÍA DE MERCADO: O DE LA COLUMNA LIBERTARIA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	123
I. Fundamento constitucional	125
II. Economía de mercado como sistema económico o como modelo: apuntes sobre el debate español del orden económico de la Constitución de 1978	126
III. La economía de mercado y el Estado social de Derecho	133
IV. La naturaleza jurídica del mercado en la Constitución	140
CAPÍTULO CUARTO	
ELEMENTOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA	143
I. Los derechos propios de la economía de mercado constitucional	146
II. El principio “pro libertate”	150
A. El principio de libertad en la economía de mercado como límite al ejercicio del poder de intervención	153
B. ¿Identificación de la libertad de empresa con el principio “pro libertate”?	153
C. El principio “pro libertate” en materia económica: punto de partida para el análisis de la limitación del derecho	154
D. El principio “pro libertate” y la actividad económica no prohibida	155
E. El principio “pro libertate” y la ausencia de requisitos autorizados por las leyes	156
III. El principio “pro igualdad”, o de la libre competencia como presupuesto de la economía libre	157
A. El concepto de competencia económica y sus diversas manifestaciones jurídicas	159
B. La competencia económica en las constituciones española y colombiana	162
C. El principio de libre competencia en la jurisprudencia constitucional	165

1. Los diferentes intereses protegidos en la defensa de la competencia y el reconocimiento de la competencia operativa: el punto de partida	166
2. La libre competencia como límite y como garantía del derecho de libertad de empresa	167
3. Interés público e interés particular en la defensa de la competencia y presencia del Estado	169
IV. La descentralización y la desconcentración en la economía de mercado: ¿la democracia económica?	171
V. La intervención del Estado y sus diferentes modalidades	175
A. Los tipos de intervención	178
B. El principio general de intervención y las intervenciones específicas	181
C. Instrumentos directos de intervención	188
1. La habilitación constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica	188
2. Reserva al sector público	190
3. Reserva en caso de monopolio	193
4. La intervención de empresas	195
D. Las normas de la planificación: categoría intermedia entre intervención directa e indirecta	196
E. Las otras intervenciones indirectas	202
F. Los desafíos del Estado interventor en el contexto actual	208
VI. Unidad de mercado	212
A. La ordenación constitucional de la unidad de mercado	213
1. Unidad de mercado en el Estado unitario colombiano	213
2. Unidad de mercado en el Estado complejo español	217
B. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ante el principio de unidad de mercado	218
1. La unidad desde la diversidad	219
a. La unidad de mercado como sistema abierto hacia adentro	219
b. Unidad de mercado y el principio de igualdad	220
c. Unidad de mercado y libre circulación: el fundamento de las finalidades legítimas	221
d. Los criterios para que la diversidad normativa sea compatible con la unidad del mercado	222
e. La unidad de mercado no comporta la igualdad “per se” de condiciones de producción y de nuevo la finalidad de la norma que diferencia	223
f. La diversidad normativa como fundamento para la conformación de un mercado unitario y eficiente	225
2. La unidad de mercado desde la unidad normativa	226

a. La unidad de mercado desde la interpretación de la competencia del Estado para establecer las bases de la planificación económica	226
b. Las finalidades unificantes	229
c. Régimen liberalizado, carácter básico de la medida de ordenación del mercado y unidad de mercado	231
d. La unidad de mercado, unidad normativa y defensa de la competencia	233
3. Unidad de mercado e igualdad hacia afuera	236
C. La unidad de mercado de la economía en la Constitución: valoración conclusiva	239
VII. Los objetivos cualitativos y cuantitativos de la economía de mercado	239
A. Los objetivos cualitativos	241
1. La protección del medio ambiente	241
a. El equilibrio entre el valor del medio ambiente en la Constitución y la realización de la actividad económica a partir de la noción de “desarrollo sostenible”	245
b. La ponderación entre los objetivos	248
2. La protección del consumidor	250
a. Los derechos del consumidor y el derecho de la competencia como elementos esenciales de la economía de mercado a ser preservados por el Estado	252
b. La protección de la libre elección del consumidor y su relación con la leal competencia	253
c. El orden del mercado producto de la defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores	254
d. La articulación de los derechos del consumidor con el derecho a la libre empresa	255
e. Los objetivos cualitativos y su vínculo con la dimensión objetiva de la libertad de empresa	257
B. Los objetivos cuantitativos	257

SEGUNDA PARTE

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD

DE EMPRESA O ECONÓMICA 261

CAPÍTULO PRIMERO

LA DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO 263

I. El precepto que introduce la libertad de empresa o económica como bien de la Constitución y su interpretación	265
II. Doble naturaleza jurídica y sus consecuencias	269
III. Las dimensiones subjetiva e institucional y el estudio de la libertad empresarial	273

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA O DE EMPRESA	275
I. La definición de la libertad desde las categorías generales de la teoría del Derecho y del Derecho constitucional	277
A. ¿Libertad pública, derecho fundamental?	277
B. Derecho constitucional de directa aplicación y derecho de configuración legal	278
C. Derecho subjetivo y derecho objetivo	279
D. Derecho público subjetivo, y ¿derecho frente a particulares?	280
E. ¿Libertad positiva y libertad negativa? Derecho de libertad, y ¿derecho de prestación?	284
F. Derecho individual, ¿y también derecho o interés colectivo?	285
G. ¿Derecho económico de la tercera generación?	288
II. La libertad de empresa o la libertad económica: ser o no ser un derecho fundamental	290
A. La importancia de la cuestión	290
B. Los diferentes criterios empleados para la definición constitucional de la libertad de empresa	291
1. Razones de derecho positivo para reconocer el carácter iusfundamental	291
2. De los criterios axiomáticos al “a priori” de la libertad: breve referencia de la doctrina española	292
3. Definición abstracta de derecho fundamental, garantías de protección y libertad de empresa	298

CAPÍTULO TERCERO

LOS DISTINTOS PLANTEAMIENTOS DE LA JURISPRUDENCIA	301
I. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español	303
A. El carácter fundamental por virtud de las garantías constitucionales de la reserva de ley y la salvaguarda del contenido esencial	303
B. La libertad de empresa como derecho fundamental pero no amparable	305
C. La libertad de empresa como garantía institucional	306
II. La doctrina de la Corte Constitucional colombiana	313
A. La libertad de empresa es un derecho fundamental que puede ser protegido con la acción de tutela	313
B. La libertad de empresa como derecho fundamental por conexidad	319
C. La libertad económica como “Derecho constitucional” y su transfiguración en derechos propiamente fundamentales para ser tutelable	322
D. La libertad de empresa como “garantía constitucional”	324
E. La preservación de la libertad económica en los juicios de constitucionalidad: ¿un derecho económico fundamental en tanto su limitación debe ser razonable y proporcional?	326

CAPÍTULO CUARTO

LOS PLANTEAMIENTOS CONVERGENTES DE LA JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y COLOMBIANA	333
I. El argumento explícito de que la libertad de empresa es un derecho de configuración legal	335
A. La configuración legal como argumento de la jurisprudencia constitucional	335
B. La libre configuración legislativa y la libertad de empresa como derecho de configuración legal	337
II. El argumento explícito de la libertad como principio. Diferentes acepciones	342
A. La libertad de empresa o económica como “principio”	343
B. La libertad económica, un principio “rector” del orden económico constitucional	346
III. El argumento de que la libertad de empresa no es un derecho fundamental	349
A. El desconocimiento expreso	349
B. El carácter no fundamental colegido	352
IV. La dimensión iusfundamental de la libertad de empresa o de la “conexidad” no declarada	353
A. El argumento de la conexidad para proteger la libertad de empresa por vía de amparo. Más allá de las limitaciones procesales del artículo 53.2 CE	354
1. Libertad de empresa, igualdad y no discriminación	355
2. La libertad de empresa y el derecho a la información y a crear medios de información	359
B. Las conexidades no declaradas o de otros ámbitos iusfundamentales de la libertad económica. Casos de la jurisprudencia constitucional colombiana	362
1. El derecho a la igualdad como mecanismo de protección de las actividades económicas	362
2. La dimensión iusfundamental de la libre competencia	364
V. La naturaleza de la libertad económica o de empresa y su importancia en la construcción del Estado social de Derecho	368

TERCERA PARTE

EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA O DE LA LIBERTAD ECONÓMICA	371
---	-----

CAPÍTULO PRIMERO

LAS LÍNEAS DE COMPRENSIÓN PARA LA DESCRIPCIÓN DEL DERECHO	373
I. La libertad de empresa o económica como derecho de libertad, es decir como “ <i>facultas agendi</i> ” y como derecho de ejercicio	375

II. La libertad de empresa o económica ¿una libertad constitucionalmente “discreta”? de la dimensión económica del principio de libertad	378
III. La libertad económica o de empresa como un derecho autónomo: un ensamble entre atributos propios y atributos impropios	381
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL TITULAR DE LA LIBERTAD DE EMPRESA	
O DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA LIBERTAD	387
I. Nacionalidad y libertad de empresa	390
II. Titularidad del derecho e iniciativa pública económica	394
A. La distinción entre el ejercicio de la libre empresa por el particular y por la empresa de Derecho público	398
B. Las personas jurídicas de Derecho público como sujetos del derecho a la libre empresa	403
III. La noción de empresa en la Constitución: ¿del objeto al sujeto del derecho?	404
A. La empresa como institución constitucional	406
B. La función social positiva de la libertad de empresa	409
C. La noción restringida de la empresa y por ende de su titular	412
1. La intención de lucro como criterio de definición de la empresa	413
2. Las empresas como personas jurídicas	416
D. La noción funcional de la empresa como criterio para determinar que se ejerce una actividad propia de la libertad de empresa o de la libertad económica	418
1. Actividad económica independiente	420
2. Actividad productiva	423
IV. El objeto de la libre empresa y la diversidad de sectores	424
V. Tipos constitucionales de empresas. ¿Ausencia de discriminaciones positivas?	426
VI. Concepto amplio de empresa, titularidad del derecho y economía de mercado actual	431
CAPÍTULO TERCERO	
LOS ATRIBUTOS PROPIOS	433
I. El mercado y los atributos propios de la libertad de empresa o económica	435
II. Libertad de acceso al mercado	437
A. Contenido jurídico del atributo	439
B. Libertad de fijación de establecimiento o libertad de instalación	440
C. La fijación de horarios y en particular los horarios comerciales	442
D. La fijación de horarios comerciales no hace parte de la libertad de empresa. El caso español	443

E. Fijación de horarios laborales	447
F. La fijación de establecimiento y horarios comerciales frente al orden público: el caso colombiano	448
III. La libertad de mantenerse en el mercado	450
A. Vocación de permanencia de la empresa	451
IV. Libertad para retirarse del mercado	452
A. La dimensión objetiva de la empresa y el trámite concordatario sin la voluntad del empresario	455
B. La sanción de cierre de la empresa y el atributo de libertad de retirarse del mercado	456
V. El interés económico: un atributo propio de corte finalístico frente al mercado	458
A. El beneficio en la actividad empresarial y el “animus lucri faciendi” de las sociedades mercantiles.	458
B. La libertad a la percepción de lucro producto de la actividad económica y sus limitaciones: ¿elementos de su contenido esencial?	459
C. El interés de un beneficio económico como parte de la libertad empresarial: otros elementos de juicio desde la jurisprudencia colombiana	461
D. Lucro, beneficio, interés económico y mercado	464
E. El beneficio económico como un atributo finalístico de la libre empresa	466
VI. Autodeterminación jurídica y heterodeterminación económica: apuntes últimos sobre los atributos propios de libertad frente al mercado	468

CAPÍTULO CUARTO

LIBERTAD DE EJERCICIO Y EN PARTICULAR DE LOS ATRIBUTOS DE AUTONOMÍA PARA LA CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA EMPRESA

I. Libertad de ejercicio y autonomía privada, los conceptos clave para el análisis	471
A. Elementos de juicio desde la doctrina italiana	474
B. El ejercicio del derecho como ámbito no protegido constitucionalmente. La doctrina de la STC 83/1984	477
C. La autonomía privada en el orden constitucional, la libre empresa y la economía de mercado	479
D. La libertad contractual como parte del derecho constitucionalmente protegido.	482
E. En torno de una definición de los ámbitos de protección constitucional del ejercicio de la libertad empresarial y su aplicación concreta en cuanto a la autonomía privada del titular del derecho y a las diferentes expresiones que la misma puede alcanzar	485
II. Los atributos de autonomía al interior de la empresa	489

A. Libertad para la definición de las finalidades y objetivos empresariales	489
B. La libertad de organización	490
III. Libertad de dirección	495
A. La gestión de los trabajadores	498
1. La ordenación constitucional de la relación empresario-trabajador y la praxis desde la jurisprudencia de los tribunales constitucionales	498
2. El poder de subordinación y las demás expresiones del ejercicio de la libertad de empresa en materia laboral	502
3. Definición de las condiciones generales del desempeño laboral	504
4. El “ius variandi”	506
5. Remuneraciones laborales, libertad de asociación sindical y libertad de empresa	510
6. Autonomía del empresario en la selección de sus trabajadores y libertad sindical	512
7. Autogestión de la empresa y derecho de huelga	515
B. Poder de control sobre los trabajadores	516
1. Poder disciplinario y libertad de expresión del trabajador	517
2. Poder de control, el derecho a la intimidad y la regla de la prevalencia	520
3. Poder disciplinario y calificación de las conductas sancionables	523
CAPÍTULO QUINTO	
LOS ATRIBUTOS IMPROPIOS	527
I. La libertad de empresa y el derecho a la libre elección de profesión u oficio	531
II. La libertad de empresa y el derecho de asociación	538
A. Libertad de empresa, derecho de asociación y colegios profesionales	543
III. El derecho de propiedad y la libertad de empresa	545
IV. Libertad de residencia y circulación, libertad de circulación de mercancías	551
V. La libertad de expresión y la libre empresa: el “link” de la publicidad	554
CAPÍTULO SEXTO	
LA LIBRE COMPETENCIA	563
I. Autonomía, libertad de empresa y libre competencia	565
II. De la expresión procesal de la libertad económica a la libertad como oportunidad	566
III. La libre competencia como “status positivus” o como protección positiva de la libertad económica o de empresa	568

IV. La libre competencia en la estructura de la libertad de empresa o económica	569
A. El contenido de la protección positiva o de la tipología de las obligaciones del Estado	570
B. La protección objetiva y subjetiva del derecho	573
V. La libre competencia como un derecho de todos. El caso colombiano	573
VI. Las obligaciones concretas del Estado frente a la libre competencia. Continuación del caso colombiano	577
A. La obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica	577
B. Obligaciones frente al abuso de la posición dominante en el mercado nacional	578
C. La acción positiva “in favor competitionis æconomicæ” del Estado social: una interpretación de la noción de “competitividad” en la definición jurídico-constitucional de la libre competencia	581
D. La competencia en el uso del espectro electromagnético. ¿Una excepción a la regla?	584
VII. La libre competencia en el derecho a la libertad de empresa. El caso español	587
A. La defensa de la competencia en el Estado autonómico	587
B. La libre competencia en la estructura del derecho a la libertad de empresa	593
C. La libre competencia en la libertad de empresa y el derecho comunitario	595
VIII. Las posiciones jurídicas de libertad provenientes de la libre competencia, o de las expresiones jurídicas de la competencia libre como libertad “processualis”	596
 CUARTA PARTE	
LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL	601
 CAPÍTULO PRIMERO	
LA LIMITACIÓN DEL DERECHO COMO DISCURSO CONSTITUCIONAL	603
I. La definición de los límites desde la Constitución	605
A. La norma constitucional declarativa del derecho y los límites constitucionales	606
B. Otras normas constitucionales de limitación	608
II. La doctrina científica española frente a las limitaciones del derecho	611
III. Algunos elementos de la teoría de la limitación de los derechos fundamentales aplicada a la libertad de empresa	614
A. La procedencia de los límites de la libertad	614
1. La teoría interna de los límites	614
2. La teoría externa de los límites	618

3. La teoría de los límites implícitos	620
a. La moral en las constituciones objeto de la comparación	621
– La moralidad como valor que incrementa las competencias asignadas	623
– La moralidad justificada a través de los argumentos de la “sobradez” y de la “obviedad”	625
– La moralidad como un argumento adicional a las razones jurídicas	627
b. El argumento permanente de la restricción de los derechos económicos individuales, ¿un límite implícito a la interpretación de la libertad?	628
4. Los límites implícitos como un problema de argumentación y los límites internos y externos como un problema de interpretación	629
B. La distinción entre “límites” y “limitaciones”, o entre el acto de “delimitar” y el acto de “limitar” el derecho	631
IV. De nuevo, la naturaleza y estructura de la libertad de empresa o económica y sus consecuencias frente al problema de la limitación	635
A. La libertad de empresa o económica como derecho de configuración legal y la definición de las limitaciones del derecho	635
B. Vertiente objetiva de la libertad de empresa, intervención del Estado en la economía, carácter de libertad “discreta” y consecuencias sobre la limitación	637
1. Negación de la limitación del derecho por exclusión de materia o por los argumentos del “nada que ver”	638
2. De la afectación o incidencia en el derecho al principio de limitación	640
3. Las limitaciones propiamente dichas	642
4. Las sustracciones del régimen de libertad para el ejercicio del derecho	644
C. ¿El supuesto de hecho estrecho del derecho?	646
v. Los criterios para la valoración de las limitaciones a la libertad	647
A. Los criterios clásicos	648
B. Los otros criterios	649
1. La proporcionalidad y la razonabilidad de las medidas respecto de los fines	649
2. El principio de solidaridad	655
3. Las limitaciones específicas conforme al sector, al producto y a la actividad	657
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA LEY COMO FUENTE LEGÍTIMA DE LIMITACIÓN	659
1. La ley como fuente legítima de limitación. Pero, ¿sólo la ley?	661

II. Por qué es la ley la que debe limitar el derecho	663
III. La reserva de ley en el estudio comparado	665
IV. El problema de las leyes orgánicas y estatutarias	667
V. La reserva de ley y el poder de la administración	669
A. Reserva de ley y discrecionalidad de la administración	671
1. Reserva de ley y la regulación del ejercicio de las actividades económicas	672
2. El concepto de reserva de ley para la regulación de un derecho fundamental	673
3. Reserva de ley no absoluta	674
VI. Otras relaciones generales con el ejecutivo: las limitaciones excepcionales y la limitación de la libertad de empresa	677
VII. Poder de policía y reserva de ley	679
VIII. La reserva de ley, la intervención del Estado en la economía y la definición del régimen jurídico de la libertad de empresa o económica	682
IX. La reserva de ley, ¿un principio desvirtuado?	684
X. La limitación de la libertad de empresa en el Estado autonómico español	686
XI. La doctrina de las reservas legales específicas para la limitación concreta de la libertad de empresa	688
XII. La complejidad de la reserva de ley para la limitación de la libertad económica en la Constitución colombiana	690
A. La especificidad de las expresiones del artículo 333 CPC	690
B. El requisito general del artículo 150.21 C. P.	692
C. Las otras normas específicas	694
1. Las “leyes marco” para actividades relacionadas con el manejo de recursos captados del ahorro privado	695
2. Las leyes marco y la habilitación de otros entes de la administración para reglamentar el ejercicio de las actividades bursátiles. ¿Una excepción al principio de reserva de ley en la limitación de la libertad económica en el mercado de valores?	697
3. La función de inspección y vigilancia sobre las sociedades mercantiles	701
4. La reserva de ley en la regulación de las actividades económicas reconocidas como servicio público. El artículo 150.23 C. P.	702
5. El caso del artículo 77 C. P.	704
6. Las reservas de ley especiales para las exclusiones constitucionales	706
CAPÍTULO TERCERO	
EL CONTENIDO O NÚCLEO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA	709
I. El contenido esencial de la libertad de empresa como noción específica y diferente de su contenido constitucional	711

II. El contenido esencial como garantía frente al legislador	712
III. El contenido esencial de la libertad de empresa, una noción entre difícil e imposible	713
A. El principio de igualdad ante la ley y el principio de libertad en la definición del contenido esencial	714
B. ¿La noción de limitaciones del derecho como una aplicación de la teoría absoluta del contenido esencial? La propuesta alternativa de la teoría relativa del contenido esencial	716
C. El contenido esencial como garantía objetiva y el contenido constitucional como garantía subjetiva. La conjunción entre la teoría absoluta y la teoría relativa	719
D. Las teorías del contenido esencial objetivo y subjetivo frente a la libertad de empresa o económica	720
E. Del contenido objetivo del derecho a la protección “in extremis” de los atributos propios de la libertad como contenido esencial subjetivo	721
IV. Componente libertario y componente igualitario del contenido esencial del derecho	722
V. El contenido esencial del derecho y la dignidad humana	724
VI. El núcleo o contenido esencial en la jurisprudencia constitucional	727
A. La aplicación de las teorías absoluta y relativa del contenido esencial del derecho	727
B. La aplicación de las teorías objetiva y subjetiva	728
1. El contenido esencial objetivo del derecho	728
2. La protección de posiciones jurídicas subjetivas	729
a. Contenido esencial como no vulneración absoluta de los atributos propios frente al mercado	729
b. Vulneración del contenido esencial como limitación absoluta de un atributo finalístico del derecho	730
c. El núcleo esencial de la libertad como no prohibición total de la libertad de contratación	731
d. La prohibición del ejercicio de actividad por falta de desarrollo legal de la autorización administrativa establecida	733
3. La noción de contenido o núcleo esencial de la libertad de empresa en los procesos de tutela	734
a. El núcleo esencial del derecho como garantía de respeto de todas las autoridades y de los particulares, y como noción previa a la ponderación de los derechos	735
b. La vulneración del derecho y la vulneración del núcleo esencial del derecho. Limitación de la libertad de empresa y el poder de policía. Reducción de la protección constitucional del derecho	738
VII. Contenido esencial de la libertad de empresa o de la libre iniciativa y actividad como opción seria del Estado social	740

CAPÍTULO CUARTO

EL CRITERIO DE LAS FINALIDADES LEGÍTIMAS

COMO FINALIDADES CONSTITUCIONALES	743
I. ¿Finalidades comunes?	745
II. El bien común como limitación de la libertad propiamente dicha	746
III. El bien común y el interés general como nociones equivalentes	747
A. El principio del interés general que prevalece sobre el particular en los derechos económicos, e incidencias sobre el discurso de limitación de la libertad de empresa	748
B. Por qué es necesario precisar el concepto de interés general	749
C. El interés general y el bien común como argumentos “globo”	750
D. La correcta interpretación de las cláusulas y su concreción. Una labor de definición del legislador y de reconocimiento del juez constitucional	753
E. El bien común y el interés general manifiesto a través de otros derechos	755
F. El bien común y el interés general como “plus” hermenéutico para la limitación del derecho	755
G. El bien común y el interés general como fundamento de límites implícitos del derecho	757
IV. La función social de la empresa	758
A. La función social de la empresa en la Constitución colombiana	759
1. ¿Función social de la empresa o función social de la libertad económica?	760
2. La noción de función social de la empresa: ¿un tópico en el discurso de la libertad empresarial?	762
3. Función social de la empresa y delimitación de la libertad por el interés social. La función social en la estructura del derecho y su contribución como principio hermenéutico	763
4. Función social o funcionalización de la actividad empresarial	767
B. La función social de la empresa en el Derecho constitucional español	769
1. El debate en la doctrina científica española y su escasa alusión en la doctrina constitucional	769
2. ¿La “suplencia” de la función social por el reconocimiento de la cláusula de intervención de las empresas?	774
V. Las finalidades internas. Otros derechos y bienes constitucionales	775
A. Apuntes sobre los derechos e intereses del consumidor y del medio ambiente como finalidades legítimas “internas” para la limitación del derecho	778

1. La limitación de la libertad de empresa por los derechos de los consumidores	779
2. Los derechos del consumidor en la jurisprudencia constitucional sobre libertad de empresa	780
B. El medio ambiente y la libertad de empresa	783
1. El medio ambiente como limitación interna o externa del derecho. Primera aproximación	783
2. La alteración de las posiciones jurídicas del empresario “autorizado”	787
3. La ampliación de los poderes de limitación de la libertad económica desde la conexidad entre el medio ambiente y derechos fundamentales individuales	789
a. La obligación de respetar el medio ambiente: la sujeción a las exigencias legales y el principio de armonización completa	789
b. El deber de respeto al medio ambiente: más allá de las exigencias de ley y en el acá de los límites de configuración judicial	794
c. ¿La protección del medio ambiente como fundamento de sanciones no legales a la actividad económica?	798
4. El medio ambiente y la realización de la libertad empresarial: apuntes últimos en torno de una finalidad delimitante	800
CONCLUSIONES	805
BIBLIOGRAFÍA	821

Este trabajo es en sustancia la tesis doctoral que presenté para obtener, con los honores de rigor, el título de Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, en la primavera del año 2005. Como director el profesor LUCIANO PAREJO y como jurados el Rector FERNANDO HINESTROSA y los catedráticos TOMÁS DE LA QUADRA, JOSÉ LUIS CASCAJO, ANTONIO DESCALZO y A. JIMÉNEZ-BLANCO.

En lo restante, es la actualización necesaria, en particular del Derecho colombiano, para los años corridos desde entonces, junto con algunas anotaciones adicionales. Le faltan muchas cosas y le sobran muchos giros. Sobre lo último pues que, *hélas*, ‘lo que Natura non da...’. Y sobre lo primero, que la teoría jurídica de la empresa es una labor de estudio sistemático infinita (otra del tipo *Aleph*) que aquí sólo se ofrece en su *clave* constitucional. Es decir, con muchos pincelazos gruesos, de colores intensos y en veces apenas mezclados, útiles para describir la figura compleja que es o puede ser la libertad de empresa como manifestación de la dignidad humana, del libre desarrollo individual, de la asociación de intereses económicos de toda índole y del adelanto de muchas iniciativas o actividades distintas.

Como agradecimientos, a quién primero si no, a la Universidad Externado de Colombia y a su Rector, por cuya generosidad enorme pude no sólo estudiar con el juicio que aquí se verá, sino también disfrutar de esa Madrid espléndida en ópera, cine, arte, zarzuela, tapas y chulería. A Don LUCIANO PAREJO, luminoso jurista, director de la investigación. Entrañablemente al doctor CARLOS RESTREPO, mi primer gran maestro, al doctor NÉSTOR OSUNA, amigo del alma y director del Departamento de Derecho Constitucional del Externado. También a mis queridos camaradas del mismo Departamento, en especial al gran Gonzalito Ramírez. A la Mona, a Norma, a Capulina, a Luzmarinera, al Cucuruchiano, y por supuesto a SANTIAGO PEREA y a los profesores LUIS VILLAR BORDA y MAURICIO PÉREZ. En fin, y para evitar los males de la memoria escurridiza, a todos los seres maravillosos que he conocido en todo este tiempo y que han sido tan bellos conmigo.

Para concluir, dedicatoria a mi amada familia, sus current four *léchons* y muy mucho a su nuevo miembro principal, el señor don Cuquito.

Bogotá, D. C., febrero de 2008.

I

La obra que hoy puede tener el lector en sus manos es fruto granado del esforzado —y plenamente logrado— proceso de maduración de la Profa. Dra. MAGDALENA CORREA como investigadora, del que tuve el privilegio de ser testigo y acompañante en el periodo de estancia de la autora en la Universidad Carlos III de Madrid, durante el cual dejó acreditadas su seriedad y rigor y su capacidad de trabajo. Reflejo de la sólida formación de M. CORREA como jurista, en él luce claramente la doble característica en ella resaltable: su afán de conocimiento y resolución constructiva de los problemas y las cuestiones y su deseo de servicio al interés general de su país, de contribución a su progreso y bienestar. Esta es sin duda la clave tanto de su atracción por un tema de la entidad del de la relación, hoy, de la libertad de empresa, pieza motor del sistema económico, y el Estado, concretamente el democrático de Derecho que se atribuye a sí mismo la nota de social, como del éxito en la culminación del empeño, para el que se sirve de una verdadera y fructífera comparación entre los Derechos constitucionales colombiano y español.

En España, que efectivamente está constituida —desde 1978— en un Estado social y democrático de Derecho, no es poca la atención que la doctrina científica, además desde luego de la que ha debido prestarle el Tribunal Constitucional, ha dedicado ya al llamado “orden constitucional económico”. A pesar de la tarea dogmática y jurisprudencial ya cumplida, de la que desde luego da cuenta cabal M. CORREA, en modo alguno puede decirse que huelgue —lo que dice de la oportunidad e interés, incluso desde el lado español, del trabajo cumplido por la autora— toda nueva interrogación al texto constitucional sobre su regulación de la economía para intentar descubrir las conexiones y los elementos sistemáticos que subyacen a ella y extraer desde los mismos algunas conclusiones sobre el papel de los poderes públicos, en especial de la Administración pública (pieza decisiva, cuando del Estado social se trata), en la materia. Sirvan de excusa, pues, estas líneas para volcar aquí, a modo de diálogo con la obra prologada y en homenaje a su método comparatista, algunas reflexiones sobre el sistema propio en alguna medida incentivadas por las sesiones de trabajo y discusión habidas con la autora a lo largo del proceso de gestación de aquélla.

II

El preámbulo de la Constitución española (en adelante CE) refleja ya la necesidad que sintió el sujeto constituyente de proclamar, en toda su complejidad, su

voluntad a la hora de aprobar y ratificar la norma fundamental. Dado el carácter estimativo del orden constitucional, esta proclamación es sin duda relevante para la interpretación de éste. El contenido de tal proclamación identifica, en efecto y como resulta de la propia redacción del preámbulo¹, las causas y, por tanto, los fines —lo que vale decir los valores o bienes— últimos del referido orden en tanto que unidad o sistema. Aunque íntimamente interrelacionadas todas, entre ellas² destacan las dos siguientes:

- La garantía de la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes *conforme a un orden económico y social justo*, y
- La promoción del *progreso* de la cultura y *de la economía* para asegurar a todos una digna calidad de vida.

La convivencia democrática organizada por el Derecho se entiende inescindible de un orden económico y social justo. Por eso mismo, el propio preámbulo señala la aspiración del establecimiento de una sociedad democrática avanzada. De donde se sigue que el Estado constituido, en la medida en que, de acuerdo siempre con el preámbulo, necesariamente protector de los derechos humanos y de las culturas y tradiciones, lenguas e instituciones de los pueblos de España, así como asegurador del imperio de la Ley expresión de la voluntad popular, ha de ser desde luego, en cuanto organización y poder, autónomo, y en cuanto ordenamiento y actuación como un todo, democrático y de Derecho, pero inexcusablemente también social. Nota ésta la social, que luce cabalmente en su función de promoción del progreso de la cultura y de la economía, la cual vuelve a quedar vinculada al orden sustantivo mediante su referencia a la digna calidad de vida.

La afirmación del desarrollo de la convivencia democrática de conformidad con un orden económico y social justo en modo alguno anticipa o anuncia, en fórmula condensada, la determinación directa por la norma constitucional de un concreto y preciso orden socio-económico al que el poder constituido deba atenerse —deduciéndolo sin más— en el proceso de desarrollo constitucional³.

1 El inciso final del preámbulo de la Constitución reza, significativamente, así: “*En consecuencia*, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente Constitución”.

2 Además de las que se resaltan en el texto, figuran las siguientes: la consolidación de un Estado de Derecho (aseguramiento del imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular); la protección de los españoles y los pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; el establecimiento de una sociedad democrática avanzada; y la colaboración en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.

3 El empleo por el constituyente del artículo indeterminado “un” excluye por sí mismo la posibilidad de cualquier otra conclusión. El Derecho originario comunitario europeo, de conformidad con el cual ha de interpretarse la CE, corrobora lo sostenido en el texto, ya que en él tampoco cabe encontrar un

Pero sí que la justicia, es decir, el valor-contraste final de las decisiones y acciones del poder constituido, primariamente las integrantes de la que la rúbrica del Capítulo III del Título I CE denomina “política social y económica”, depende de la “optimización” en cada momento del cuadro de valores y bienes para ella relevantes y desde luego del respeto del marco que la norma fundamental le fija (de ahí que, según el artículo 1.1 CE, el ordenamiento del Estado deba propugnar, aparte los de la libertad, la igualdad y el pluralismo político, el valor superior de la justicia).

La alusión a un orden social y económico justo no excluye la identificación de la “economía” como un ámbito específico (junto con la cultura) para la acción del Estado orientada por el fin de la digna calidad de vida de todos; fin, que despeja cualquier duda sobre el significado y el alcance en este terreno del valor superior de la justicia al conectarlo con los también superiores de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en tanto que, según el artículo 10.1 CE, fundamento del entero orden político y de la paz social, es decir, del orden constitucional como un todo o unidad. En la voluntad constituyente de que tenga lugar una continuada “promoción” en este ámbito se manifiesta, pues, la procedencia de la antes aludida “optimización” de valores y bienes en términos más concretos de “progreso” de la economía (y la cultura).

Tampoco el progreso tiene aquí un significado único y preciso y en ningún caso en el sentido de equivalente a crecimiento cuantitativo. Lo impide el fin que lo cualifica, en tanto que dota al progreso, de un lado, de una doble dimensión cultural y económica incompatible con un concepto tan estrecho y, de otro, de una amplitud tal que lo confunde, gracias a la conexión con el fundamento del orden político y la paz social que le asegura —como ya ha quedado establecido— el artículo 10.1 CE, con la óptima realización del orden constitucional como tal. El

concepto preciso de desarrollo o progreso económico. El artículo 2.º del vigente Tratado de la Unión Europea consagra como objetivo idéntica promoción del progreso económico y social, pero lo liga a la consecución de un “desarrollo equilibrado y sostenible” y al empleo de los siguientes medios: la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria. Y el artículo 2.º del Tratado de la Comunidad Europea, que identifica igualmente la misión de ésta con la promoción del desarrollo de las actividades económicas, califica dicho desarrollo como armonioso, equilibrado y sostenible y pone al servicio de su realización, además, del establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria, el conjunto de las políticas o acciones comunes previstas por el Tratado y enumeradas en sus artículos 3.º y 4.º. El proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se mantiene igualmente en un plano incompatible con la determinación de un preciso modelo. Su artículo 1-3.3 impone a la Unión obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente.

progreso, como valor y, por tanto, bien constitucional, se cifra, por relación a su meta, en una digna calidad de vida, es decir, en una calidad de vida acorde con la dignidad de la persona en sociedad de que trata el repetidamente citado artículo 10.1 CE. Y esa calidad de vida en que debe traducirse la realización permanente del orden constitucional se predica de todos, lo que implica de suyo una doble dimensión individual y colectiva del progreso de la economía como condición de aquélla: la que proporcione calidad a la vida de cada una de las personas (no sólo de los españoles o ciudadanos cualificados por la nacionalidad) y la que haga lo propio a la vida en colectividad, en particular en las colectividades en las que las personas se integran política y administrativamente conforme a la organización territorial del Estado. No puede sorprender, por ello, que el artículo 129.1 CE, al prescribir la obligada participación de los interesados en organismos públicos relevantes en la materia, mencione conjuntamente la calidad de vida y el bienestar general.

La promoción del progreso de la economía ha de tener por objeto, en todo caso, “asegurar” la apuntada situación de calidad de vida. La elección del verbo “asegurar” contribuye sin duda a precisar el alcance de la promoción. Pues si ésta comporta desde luego la afirmación de un papel activo del Estado constituido en la economía, su concepción como aseguradora pone de relieve su consistencia desde luego en una acción de prevención de los riesgos de perturbación, dificultación o impedimento del progreso preciso para la consecución o el mantenimiento de la referida situación, así como, en su caso, de corrección o superación de las consecuencias de la actualización de tales riesgos.

La promoción del progreso de la economía prefigura así un dato constitucional relevante: la concernencia del Estado-organización o poder constituido por la vida económica al hacerse presentes en ésta intereses generales (públicos) que deben ser gestionados por aquél.

Desde estas consideraciones adquiere todo su sentido lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, que hace referencia a los distintos aspectos o dimensiones de la vida colectiva: la política, la económica, la cultural y la social. La voluntad constituyente expresada en el preámbulo se convierte aquí en un complejo mandato normativo caracterizador del Estado democrático de Derecho como social; mandato que comprende la promoción de las condiciones precisas (individuales y grupales o colectivas), la remoción de los obstáculos que se opongan a su plenitud; y la facilitación de la participación ciudadana en todas las dimensiones de la vida colectiva. Aunque es evidente que del precepto constitucional no cabe inferir consecuencias significativas en cuanto a la extensión, la intensidad, la forma o el alcance de la intervención estatal, también lo es que en el se legitima esa intervención, de modo que la economía no escapa,

sino todo lo contrario, a la acción estatal de configuración y a una acción no precisamente limitada al plano de la tutela jurídica, sino, antes al contrario, comprensiva, de modo consustancial, de la procura del impacto efectivo en la realidad⁴. Lo que hace de la economía una materia o un campo no sólo susceptible, sino vocado, más que simplemente proclive, a la administrativización. Pues la acción estatal, que obviamente ha de desarrollarse de acuerdo con la lógica que la norma fundamental imponga desde la división vertical de poderes, precisa, por su propio objeto, del entero ciclo de la gestión pública (normación y ejecución). El conjunto de intereses generales reconducible al progreso de la economía integra, pues, una tarea propia del complejo Gobierno-Administración pública ya desde la Constitución en virtud de la dirección de la política interior y de la Administración pública que atribuye el artículo 97 CE al Gobierno, en tanto que titular de la función ejecutiva, y de la servicialidad a los referidos intereses desde la que el artículo 103.1 CE caracteriza al entero poder público administrativo⁵. En tanto que organizado territorialmente en los términos del artículo 137 CE, es decir, articulado sobre instancias territoriales dotadas de autonomía para la “gestión de sus respectivos intereses”, el Estado social-administrativo así implicado ha de cumplir el mandato del artículo 9.2 CE y desarrollar las tareas aludidas a través de dichas instancias territoriales y, por tanto, del ejercicio por ellas de las competencias que le estén en cada momento atribuidas. Ello presupone la diversificación por círculos, cabalmente los referibles a las referidas instancias, de los intereses generales (públicos) y, por tanto, también los de índole económica.

-
- 4 Así es también desde la perspectiva del Derecho originario comunitario europeo. Además de las políticas comunitarias sectoriales de contenido económico previstas en el artículo 3 del Tratado de la Comunidad Europea, el artículo 4 del mismo trata de la inclusión por la acción de los Estados miembros y de la Comunidad de políticas económicas (los primeros) y de una política económica basada en la coordinación de las anteriores (la segunda) que han de respetar el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. En el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no hay novedad significativa a este respecto, como se deduce de sus artículos 1-13 a 1-15, ambos inclusive.
 - 5 La integración de España en la Comunidad Europea, que obliga a interpretar la CE como formando “bloque” con el Derecho originario comunitario, refuerza e incluso potencia la responsabilidad constitucional directa del complejo Gobierno-Administración, especialmente del Gobierno y la Administración generales. Pues en los asuntos de competencia comunitaria queda diluida la reserva constitucional de Ley y al Gobierno nacional corresponde la representación y defensa de los intereses españoles en el proceso de toma de decisiones comunitarias que luego han de ser ejecutadas internamente. Téngase en cuenta que el artículo 99 del Tratado de la Comunidad Europea califica las políticas económicas de los Estados miembros, a efectos de su coordinación, como de “interés común”; razón por la cual se apodera a la Comunidad Europea para la supervisión de la evolución de la economía en los distintos Estados miembros. En el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa mantiene, en su artículo III-179, las previsiones del citado artículo 99 del TCE.