

La garantía constitucional de la iniciativa privada en las constituciones uruguaya y española

• VIRGINIA BADO

Universidad de la República

RESUMEN

Se denomina “Constitución económica” al conjunto de normas constitucionales que establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y de los poderes que se derivan de esa legitimación, las limitaciones y la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico (Font Galán, 1995, p. 1.322; Menéndez Menéndez, 1985, pp. 49 y 52).

Los principales derechos constitucionales que legitiman y garantizan a los particulares su participación en la economía son el derecho a la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Se trata de derechos que en todas las Constituciones están sujetos a ciertos límites, como forma de equilibrar los intereses de los particulares con aquellos otros que se entienden superiores.

Estos derechos, sus límites y a su vez, los límites de éstos, han sufrido modificaciones a medida que las Constituciones han cambiado su modelo. La actual concepción del Estado social de Derecho, obliga a considerar las garantías constitucionales de la iniciativa privada desde un punto de vista diferente al tradicional, según se verá.

Palabras clave: Iniciativa privada, Constitución

ABSTRACT

“Economic Constitution” denominates the set of constitutional norms establishing the legitimate to exert an economic activity, the content of the freedoms and guarantees derived from that legitimacy, the limitations and responsibilities their practice burdens, as well as the instruments and measures with which the State can act or take part in the economic process.

The main constitutional rights to legitimize and guarantee individual's participation in the economy are the free enterprise and property rights. These rights are subject to certain limits in all the Constitutions, as a way to balance the interests of the individuals against those others considered superior interests. These rights, their limits and, in turn, the limits of these rights, have undergone changes as the Constitutions have changed their model. The present social state of law concept forces to consider private initiative constitutional guarantees under a point of view different from the traditional one, according to the following presentation.

Keywords: Private initiative, Constitution

INTRODUCCIÓN

En Uruguay, la iniciativa privada para el desarrollo de las actividades económicas, se asienta sobre la base de los siguientes principios:

- 1) La garantía del reconocimiento del derecho de propiedad y de libertad para dedicarse a cualquier actividad dispuesto en el artículo 32.
- 2) El principio de subordinación de la actividad

económica y de la propiedad al interés general, también establecido en el artículo 32.

3) El principio de iniciativa del Estado en la orientación, fomento y contralor de la actividad económica en general, sin perjuicio de su actuación directa en varios sectores (Risso Ferrand, 1983, p. 313).

En el Derecho español también se garantiza la iniciativa privada a través del reconocimiento del derecho de libertad de empresa. Al igual que en el caso del Derecho uruguayo, no se trata de un derecho ilimitado. En efecto, de acuerdo al artículo 38, la garantía que presta el poder público, tiene dos límites: “*las exigencias de la economía general*” y las exigencias “*de la planificación*”.

La Constitución española no se manifiesta decididamente por un modelo económico específico, sin que la doctrina haya podido establecer una línea definida que superase sus discrepancias en este aspecto (Ruiz-Rico Ruiz, 1995, p. 223).

Algunos autores entienden que adopta un modelo genérico contrario tanto a la absoluta libertad económica, como a la pura estatización de la economía (Aragón, 1996, p. 169; Rojo, 1983, p. 316). Se entiende que la Constitución española se afilia a un modelo de economía de mercado con limitaciones, acomodado a las exigencias del Estado social, que es lo mismo que decir que se adopta un modelo de economía social de mercado (Aragón, 1996, p. 167).

Otros, por el contrario, sostienen que la Constitución española no puede dejar de ser analizada a la luz de otras normas en las que sí parece haber una definición más concreta. El silencio del constituyente no debe entenderse favorable a la neutralidad, siendo que el sistema subyace bajo principios generales determinados, que suponen el reconocimiento de determinados derechos individuales y colectivos (Rojo, 1983, p. 311). En este sentido, la Constitución ha reconocido sólo a los particulares el derecho fundamental a la libertad de empresa. El Estado, con su iniciativa, no ejerce ningún derecho fundamental (Rojo, 1983, p. 318; Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 31).

Por otra parte, es clara la preeminencia de las libertades económicas sobre la legitimidad de la intervención estatal. La iniciativa privada no necesita justificación mientras que la pública, que sustituye a la privada, ha de justificarse en la persecución de intereses generales (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 33).

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

A. LIBERTAD DE ACTIVIDAD O EMPRESA

1. Concepto

La Constitución española distingue entre el derecho a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35) y la libertad de empresa (artículo 38). Entre ambas libertades hay una estrecha relación, en la medida en que ser empresario constituye una profesión.

Sin embargo, según la doctrina española, considerar la libertad de empresa comprendida en la libertad de elección de actividad, como hace la Constitución uruguayo, implica subsumir un derecho dentro de otro privándolo de un contenido esencial propio. La combinación de estos derechos reduce la libertad de empresa a un derecho secundario o derivado, sin contenido esencial autónomo. Si bien pueden coincidir en el contenido, la libertad de empresa es “algo más” que la libertad de profesión (Rojo, 1983, p. 328).

El artículo 36 de la Constitución uruguayo, dispone que toda persona puede dedicarse a cualquier actividad, con tal que sea lícita. Dentro del género “actividad” especifica áreas determinadas, como el trabajo, el cultivo, la industria, el comercio y la profesión.

La preferencia por la expresión “actividad” en lugar de la expresión “empresa” de nuestra Constitución es coherente con la imprecisa recepción que el concepto de empresa tiene en el Derecho uruguayo. En este sentido, no puede dejarse de advertir la utilización genérica del término en muchos textos legales, con los más diversos sentidos: sujeto de derecho, establecimiento comercial o industrial, actividad económica u organización de trabajo ajeno y capital.

La inclusión del término en la Constitución española, ha obligado a la doctrina de ese país a interpretar qué significa la palabra empresa.

En general, esa doctrina ha entendido que por empresa debe entenderse cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado. Debe tratarse de una actividad que, por sus características (organización, estabilidad) le permita al individuo ganarse el sustento. No se requiere, por tanto, que resulte beneficiosa para la sociedad (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, *id.*, p. 7).

Ahora, si bien se ha llegado a un relativo consenso en este aspecto, no ha sido tan fácil determinar qué significa “libertad de empresa”. Cuando se sancionó el artículo 38 de la Constitución española, la única norma similar era el artículo 41 de la Constitución italiana, que no se refiere a la libertad de empresa pero sí a



la libertad de iniciativa económica privada (Bilancia, 1996, p. 82; Rojo, 1983, pp. 310 y 314).

Algunos autores entienden que “libertad de empresa” y “libertad de iniciativa económica privada” son conceptos similares (Rubio Llorente, 1996, p. 431). Otros, en cambio, sostienen que si la libertad de empresa significa la libertad del individuo para elegir la actividad que le permita subsistir (“ganarse la vida”), cuando de empresas se trata, el límite se supera en exceso (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, ps. 5 y 6).

Tampoco serían, estrictamente, sinónimos “libertad de empresa” y “libertad de industria o comercio”, ni “libertad de trabajo y profesión”. En este sentido, la traducción de la Constitución uruguaya no sería exacta pero, sin lugar a dudas, la protección constitucional alcanza tanto a la “libertad de empresa” como a la “libertad de iniciativa económica privada”, sea que la actividad se organice en forma de empresa o no (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 12).

2. Ámbito

La libertad de empresa que reconoce el Constituyente español, se enmarca en la denominada “economía de mercado”

La comprensión del término se hace difícil porque se pueden sostener, válidamente, tres versiones. Pue-

de entenderse referida a una “economía libre”, a una “economía social” o a una “economía dirigida de mercado”. La jurisprudencia constitucional española, de hecho, ha sostenido que el artículo 38 de la Constitución encierra las tres acepciones:

“la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa” (Ruiz-Rico Ruiz, 1995, p. 229).

Se ha señalado que la referencia al mercado constituye una redundancia porque por libertad de empresa debe entenderse libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo, y un sistema de mercado implica, necesariamente, la delegación de estas decisiones a los particulares. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos fundamentales es la causa y la economía de mercado el efecto y no al revés.

Por lo tanto, cuando el Estado limite la iniciativa privada deberá atender a la justicia de la limitación pensando en la causa, con independencia de su efecto sobre el mercado. La libertad de empresa, en este contexto, es mucho más que una garantía institucional; es un derecho fundamental.

3. Dimensiones



Tradicionalmente, el derecho a la libertad de empresa se descompone en tres dimensiones básicas:

- 1) La libertad de acceso al mercado.
- 2) La libertad de decisión empresarial y de competencia.
- 3) La libertad de cesación empresarial en el mercado (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, pp. 45 y 46).

a. Libertad de acceso al mercado

La libertad de acceso al mercado, presupone el derecho de libertad y el de propiedad, que se analizarán en otro apartado.

Esta libertad está indirectamente consagrada en la Constitución uruguaya en el artículo 10 que es, sin duda, el pilar sobre el cual descansa todo el régimen constitucional.

Esta libertad tiene múltiples manifestaciones que configuran derechos en sí mismos. Tal vez las más importantes sean la libertad de trabajo o actividad y la libertad de asociación. Sin el reconocimiento de estos derechos, no se puede garantizar la libertad de acceso al mercado.

Hay, por tanto, un derecho a que el Estado organice el mercado de forma que la iniciativa privada efectivamente se lleve a cabo y, para ello, es necesario que garantice el ejercicio de los derechos fundamen-

tales clásicos (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 29).

* DERECHO DE LIBRE ELECCIÓN DE ACTIVIDAD O PROFESIÓN

En la Constitución uruguaya, este derecho está reconocido en el artículo 53. La norma dispone que el trabajo está protegido por la Ley y todo habitante, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías en forma que redunden en beneficio de la colectividad, las que harán todo lo posible para que pueda ganar el sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.

En este derecho deben distinguirse dos aspectos: la libertad de trabajo y el derecho al trabajo. La Constitución uruguaya consagra la libertad de elección de actividad o profesión y, por ende, de trabajar, pero no confiere un derecho a exigir que el Estado proporcione un trabajo determinado (Risso Ferrand, 2005, p. 715).

La Constitución española reconoce, también, el derecho a la libre elección de profesión pero impone, a diferencia de la uruguaya, el deber de trabajar, al que somete sólo a los españoles. Como contrapartida, reconoce un derecho al trabajo.

* LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

La libertad de empresa es un derecho que los individuos pueden desarrollar en forma individual o colec-

tiva. En este último caso es necesario, para que esa libertad se ejerza eficazmente, que las constituciones reconozcan un derecho a la libertad de asociación y que el Estado disponga las normas que permitan la existencia de tales organizaciones.

El artículo 39 de la Constitución uruguaya dispone que todas las personas tienen el derecho de asociarse para desarrollar cualquier tipo de actividad, siempre y cuando ésta sea lícita.

La libertad de asociación, también, implica el derecho de no asociarse. Esto estaría contemplado en nuestra Constitución, en la medida que el artículo 10 declara que nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda.

La Constitución española contempla la libertad de asociación en el artículo 22. Se ha entendido que dentro del concepto de “asociación” queda comprendida toda entidad que sea fruto de la voluntad de asociarse de sus fundadores, dotada de permanencia y con una organización mínima que le haga aparecer como algo distinto de la suma de sus miembros (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 17).

b. Libertad de decisión empresarial y de competencia

Este derecho tiene una proyección interna, referida a la organización empresarial, y una proyección externa, relacionada con la forma de acceso al mercado (Font Galán, *id.*, p. 1.327).

Respecto a la órbita interna, la libertad de decisión empresarial implica reconocer al individuo la decisión de qué, cómo y cuánto producir, respetando ciertos límites, que se justifican por la necesidad de atender otros intereses que se consideran superiores y ante los cuales debe ceder el derecho a la libre iniciativa económica (Alonso Soto, 2008, p. 1). El Estado, por su parte, debe asegurar y proteger el ejercicio de la actividad económica, sin excederse en las reglamentaciones, cumpliendo con lo que ha dado en llamarse el “mandato de optimización” (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 35).

Resulta importante destacar que, para dotar de realidad a este derecho, se ha entendido necesario impulsar políticas de desregulación, entendiendo por tales aquéllas que tienen por objetivo reducir la intervención del Estado y eliminar la normativa que dificulte el desarrollo de los mercados conservando la que resulte garantía de los intereses generales (Alonso Soto, 2008, p. 5).

Respecto a la órbita externa, la libertad de competencia importa el análisis de las reales posibilidades

de acceso al mercado y la forma de participación en él. El rol del Estado, garante de la efectiva competencia, mediante el fortalecimiento del mercado e impidiendo la realización de prácticas consideradas anticompetitivas, es de vital importancia (Alonso Soto, 2008, P. 5).

El Derecho uruguayo no tiene una norma en donde se reconozca, en términos generales, la existencia de una iniciativa pública del Estado uruguayo para el desarrollo de las actividades económicas, como sí la contiene la Constitución española en el artículo 128. Sin embargo el Estado uruguayo tiene esa iniciativa en varias áreas y muchas veces en forma privativa.

De cualquier forma, la existencia de iniciativa pública, junto con la privada, coloca al intérprete en la difícil tarea de delimitar ambos espacios.

Respecto al ámbito privado, el derecho a la libertad de empresa garantiza a los particulares la inexistencia de cualquier injerencia de los poderes públicos e impone al Estado la obligación de organizar el mercado de forma de efectivizar este derecho (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 28; Alonso Soto, 2008, p. 5).

Ahora, reconocida que sea la iniciativa del Estado, deberá analizarse si su injerencia (mediante prohibiciones y limitaciones) y hasta su misma competencia son legítimas (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 29). A este respecto, la calificación del modelo económico como “social” permite que el Estado limite la libertad de empresa en términos muy amplios. Así, la doctrina reconoce que la calificación del Estado como “social”, permite a los poderes públicos intervenir en la actividad económica, compitiendo con los particulares (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 55).

Sin embargo, en su actuación como competidor, el Estado carece de un derecho a la libertad de empresa puesto que los poderes públicos no son titulares de éste ni de ningún derecho fundamental. Además, ni el reconocimiento de su iniciativa, ni la actuación en áreas reservadas, obedecen al “mandato de optimización” del que sí disfrutaban los particulares. En este sentido, la Constitución española no ordena que deba maximizarse el sector público.

En Uruguay, la libertad de competencia se desprende del artículo 36, ya comentado, y puede definirse como el derecho constitucional de los industriales y comerciantes, que garantiza la posibilidad de acceder al mercado en forma igualitaria para ofrecer sus bienes y servicios.

Hasta la sanción de las Leyes 17.243 y 17.296, no hubo una regulación general de este derecho. Existían normas, sí, pero que no fueron más que respuestas puntuales a problemas concretos, sin que existiera una verdadera propuesta de política de competencia, que considerase globalmente el tema (Hargain, 2008).

Con la sanción de las leyes denunciadas, se consagró la libertad de competencia como regla y se reconoció la posibilidad de establecer restricciones a la misma, siempre y cuando sean excepcionales y surjan de una Ley promulgada por razones de interés general. Esto es coherente con nuestra Constitución económica, en la medida que el Estado uruguayo puede eliminar la competencia en determinado sector de actividad, instituyendo monopolios (artículo 85 de la Constitución).

El régimen de la competencia en Uruguay ha sido recientemente modificado con la sanción de la Ley 18.159 denominada “*De promoción y defensa de la competencia*”.

En el artículo primero, la Ley 18.159 dispone que su finalidad es la de fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.

De acuerdo al artículo segundo, todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por Ley, por razones de interés general.

Con una redacción muy parecida a la anterior Ley 17.243, se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

En el artículo cuarto, la Ley realiza una enumeración, no taxativa, de prácticas prohibidas, en tanto configuren algunas de las situaciones enunciadas en el artículo segundo.

Finalmente, el artículo 3 declara que todas las personas (físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras), que desarrollen actividades económicas (con o sin fines de lucro) en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.

Quedan también obligados, en idénticos términos,

quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo.

c. Libertad de cesación empresarial

Las personas tienen el derecho de cesar en su actividad cuando estimen conveniente, pues en el Derecho uruguayo no hay prohibición al respecto. Sin embargo, la decisión de cesar en la actividad, cerrando la fábrica o el establecimiento comercial, no siempre incumbe sólo al comerciante. Muchas veces el Estado está interesado en la decisión pues es probable que se afecte a la sociedad en general.

Este interés es el fundamento para la existencia de los denominados “*Procesos concursales*” y la justificación para la adquisición, la expropiación o la intervención de empresas por parte del Estado (Rodríguez Olivera & López Rodríguez, 2004, p. 328).

d. Propiedad

Buena parte de la doctrina sostiene que la propiedad es el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes. Supone, por tanto, la atribución al individuo de un haz de facultades que significan la disposición total, a su libre albedrío, de los bienes de los que es dueño y el poder de impedir que otra persona goce de ellos (Puente Muñoz, 1980, p. 123).

Pero, para que sea posible la convivencia social, es indispensable la existencia de normas que regulen la actividad privada de los particulares, delimitando la esfera de acción de cada cual y precisando el alcance de sus respectivos derechos, aun el de propiedad (Sayagués Laso, 1988, pp. 52 y 83).

La relación entre el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de empresa, ya visto, es naturalmente muy estrecha. El derecho de propiedad protege lo adquirido y el derecho a la libertad de empresa protege la adquisición (PPaz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 53).

4. Aplicaciones en otras áreas

Otros artículos de la Constitución uruguayo disponen aplicaciones del derecho de propiedad en áreas determinadas. Así, reconoce y protege la propiedad intelectual en el artículo 33, la propiedad sucesoria en el artículo 48 y el derecho de propiedad sobre la riqueza artística e histórica en el artículo 34.

Hay otros artículos que tutelan el derecho de propiedad. El artículo 35 dispone que nadie será obligado a prestar auxilios para los ejércitos ni a dar cobijo a los militares salvo por orden de una ley civil y siempre con indemnización. En el mismo sentido, el artículo



14 prohíbe la confiscación de bienes por razones de carácter político (Risso Ferrand, 2005, p. 714).

5. Regulación en el Derecho uruguayo y español

La Constitución uruguaya, reconoce este derecho en el artículo 32. Pese a la declaración de inviolabilidad, la norma dispone que el derecho se encuentra “*sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general*”, por lo que parece afiliarse a una fórmula transaccional entre la concepción decimonónica del derecho y su conceptualización moderna (Risso Ferrand, 2005, p. 709).

Se distinguen dos situaciones concretas: la limitación y la privación del derecho a ser propietario de un bien concreto.

La limitación o la privación no afectan el derecho a ser propietario sino, solamente, a ser propietario de ese bien concreto que sufre la limitación o la privación. Para que esa limitación sea posible, la Constitución uruguaya exige dos requisitos: que se establezca mediante una Ley y que esté fundada en razones de interés general.

La privación, en cambio, responde a otras circunstancias y, para que sea constitucional, se requiere, además de una Ley, que las razones que motivaron su

sanción obedezcan a la necesidad o utilidad públicas, razones que parecen ser más severas que las de interés general que dominan las limitaciones.

Sin perjuicio de lo expresado, es necesario que el propietario reciba una compensación del Tesoro Nacional, que debe ser justa y previa. Igualmente se le debe una indemnización por los daños causados, toda vez que, por la duración del proceso, sea que se consuma o no, el bien haya depreciado su valor o haya habido depreciación de la moneda (Risso Ferrand, 2005, pp. 710 y 711).

II. LIMITACIONES

Las Constituciones establecen cuáles son los requisitos para que estas limitaciones sean legítimas, esto es, constitucionales. En primer lugar, deben establecerse por Ley, luego han de obedecer a determinados criterios y, finalmente, respetar ciertas reglas.

A. LEY

La limitación de cualquier derecho fundamental necesita estar contenida en una Ley entendida en su sentido orgánico formal. Sin embargo, como es lógico, la simple regulación de la actividad podrá hacerse mediante normas administrativas. Los reglamentos tienen, por tanto, ciertos límites generales que son los



que impiden que la regulación de la actividad se deslegalice (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 9).

La Constitución española dispone un agregado: esta Ley debe, necesariamente, respetar el contenido esencial del derecho que se pretende limitar (artículo 53). Sin embargo, la carta no establece cuáles son los criterios para determinar qué parte de una libertad o de un derecho es “esencial” y qué parte es “accidental” (Rojo, 1983, p. 326).

El Tribunal Constitucional español ha entendido que el contenido esencial de los derechos fundamentales está compuesto por el elenco de facultades o posibilidades de actuación, necesarias para que el derecho sea reconocible como tal en un momento determinado.

También, lo ha definido como *“aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*.

Se plantea, por tanto, una doble caracterización del contenido esencial: como “facultades” y como “intereses” (Ruiz- Rico Ruiz, 1995, p. 233) fórmulas que han sido consideradas genéricas y escasamente comprometedoras (Rojo, 1983, p. 327).

Finalmente se reconoce que se rebasa el contenido esencial de un derecho fundamental, toda vez que se

lo torna impracticable o se lo dificulta más allá de lo razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1987).

Corresponde, por tanto, analizar el contenido esencial de los derechos fundamentales vistos.

1. Contenido esencial del derecho de libertad de empresa

Parte de la doctrina española plantea que la determinación del contenido esencial de este derecho es particularmente difícil porque siempre será posible argumentar razones que legitimen al legislador para no respetar ese ámbito (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 47).

Fundamentan su preocupación en que una equivocada interpretación puede conducir a efectos absolutamente opuestos a los buscados por el constituyente. Así, en lugar de garantizar el espacio individual, inmune a la injerencia estatal, puede legitimar injerencias injustificadas.

Otra parte de la doctrina no encuentra mayores dificultades que las que se plantean a la hora de encontrar el contenido esencial de cualquier derecho fundamental y la cuestión se resolverá, en definitiva, analizando el alcance de la limitación (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, pp. 52 y 53).

Si se admite que una economía de mercado implica la libertad de los particulares para decidir sobre la

producción, en el marco de la oferta y la demanda, habrá una limitación toda vez que el Estado los sustituya en la adopción de las decisiones económicas. En un espectro tan amplio, es lógico que los riesgos de intervención indebida sean grandes.

2. Contenido esencial del derecho de propiedad

La doctrina y jurisprudencia española ha cambiado de criterio respecto del contenido esencial del derecho de propiedad debido al cambio de modelo operado en la Constitución. Una vez adoptado el denominado modelo social, la propiedad dejó de ser considerada como un derecho de señorío que beneficia sólo a su propietario para pasar a considerarse, además, como un derecho sobre el cual la colectividad tiene una expectativa. En este sentido, la propiedad tiene, ahora, una utilidad social que hace variar la definición de su contenido esencial.

Tradicionalmente éste se encontraba en las facultades de dominio reconocidas al propietario en el artículo 348 del Código Civil. Ahora, en cambio, este contenido no puede buscarse exclusivamente en estas normas, pues debe atender a la función social que es parte del derecho mismo (Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1987).

B. CRITERIOS DE LIMITACIÓN

Las Constituciones española y uruguaya, reconocen ciertos límites a la libertad de empresa.

En el caso de la Constitución uruguaya se reconoce el interés general y el orden público. La doctrina apunta que hay otros límites, impuestos por otras normas constitucionales que, o bien realizan una limitación directa o bien marcan una serie de criterios para dicha limitación. Es el caso de los artículos 50, 85, 168, 54, 55, 56, 67 y 47 (Risso Ferrand, *id.*, pp. 716 a 719).

En el caso de la Constitución española, además del interés general, se establecen, como criterios delimitadores de la libertad de empresa “*las exigencias de la economía general*” y “*la planificación*”.

Por su parte, el límite del derecho de propiedad ya comentado está constituido por la función social que debe atender.

1. Interés general y orden público

Se entiende por interés general lo opuesto al interés particular. La generalidad indica que la limitación del derecho beneficia a todos y cada uno de los habitantes (Brito, p. 90).

En este sentido, el artículo 36 de la Constitución uruguaya establece que las personas pueden dedi-

carse a cualquier actividad lícita con el único límite del interés general y el artículo 128 de la Constitución española declara que toda la riqueza del país le está subordinada.

El interés general es un concepto indeterminado que puede ser interpretado con distinto alcance en la misma Constitución. En la doctrina española, se lo ha entendido como una guía que utiliza el constituyente para organizar las instituciones o actuaciones públicas.

Esta definición de la doctrina española, se ajusta al concepto de “orden público” de la doctrina uruguaya. Así, se lo ha definido como el derecho del Estado a regular el funcionamiento y el desarrollo de la sociedad en general y de las instituciones públicas. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha reconocido ese carácter a la protección de la seguridad jurídica (Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, número 61/003).

Sin embargo, en sede del artículo 128 de la Constitución española, parecería que confiere al Estado el poder de “ordenar” la riqueza en beneficio de todos y cada uno de los españoles (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 44).

Así entendido, el interés general viene a ser el ingrediente que legitima la limitación del derecho (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 62). Sólo puede limitarse el interés particular en función de uno general pero no es posible, ni aun por Ley, limitar un interés individual en beneficio de otro interés individual (Estévez Paulós, 1989).

Por tanto, resultan inconstitucionales todas aquellas medidas restrictivas de la libertad de empresa de determinados competidores en beneficio de otros, pues éste no puede ser un valor perseguible por el Estado. Los fines perseguidos con la restricción, por tanto, no sólo deben ser legítimos, sino, también, de rango constitucional semejante al derecho de libertad de empresa que se sacrifica (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 65).

2. Exigencia de la economía general y planificación

Los límites establecidos por el artículo 38 de la Constitución española son de naturaleza externa y restringen su ejercicio desde su nacimiento, aunque en el caso de la planificación sólo es eventual.

Los límites impuestos por la economía general se hacen valer desde el principio y en forma permanente. Los límites impuestos por la planificación, en cambio, son eventuales y constituyen una prerrogativa del go-

bierno, que los establecerá si así lo considera necesario. La planificación no es, en este sentido, una obligación del Estado (Rojo, 1983, p. 331).

Parte de la doctrina española advierte que estos límites no obligan a que la iniciativa económica privada resulte útil o beneficiosa para la comunidad, pues no se trata de un límite interno sino externo. En este sentido el límite es para el Estado, que sólo puede establecer límites objetivos sin necesidad de articularlos en el marco de una planificación general y sin necesidad de acudir al instrumento técnico de la Ley.

La Constitución española no establece el límite de esta planificación pero, indudablemente, no puede considerarse la existencia de una planificación total por entrar en colisión con el sistema de la economía social de mercado consagrada constitucionalmente. De la misma forma, debe entenderse posible y, por tanto, constitucional, una planificación indicativa. Fuera de este extremo, poco probable teniendo en cuenta que no hay modelos puros, la legitimidad de estos límites deberá considerarse a la luz de cada caso en concreto, cuestionándose su incidencia respecto al contenido esencial.

3. Función social

La Constitución española en el artículo 33 advierte que el contenido del derecho de propiedad estará delimitado por la denominada “función social”. Este reconocimiento no es otra cosa que el resultado del cambio de modelo seguido por el constituyente español.

La propiedad, en su concepción individualista, era un derecho absoluto para su titular, desprendido de cualquier otra función. En la concepción social, en cambio, se trata de un derecho que crea obligaciones y que ha de ejercitarse no sólo en función del interés del propietario sino también, en función del interés general.

El cambio de concepción ha sido señalado por el Tribunal Constitucional español, para quien la referencia a la función social, pone de manifiesto el expreso abandono de la sola concepción subjetiva del derecho de propiedad, y la adopción de un criterio de utilidad para la colectividad (Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1987).

La inclusión de este reconocimiento no ha estado exenta de críticas. Así, Puente Muñoz afirma que la expresión pretende satisfacer al legislador socialista que, con la pretensión de desconocer la propiedad privada (cosa que no puede hacer abiertamente), sustituye la noción de propiedad colectiva o común por otra que, respetando la idea de propiedad privada, supere

las notas de individualismo y absolutividad que caracterizan el derecho de propiedad concebido por el legislador liberal. La autora señala que la expresión es ambigua pero admite que es un tópico jurídico que intenta salvar el abismo entre una realidad nueva y la construcción jurídica tradicional de la propiedad (Puente Muñoz, 1980, p. 125).

En la Constitución uruguaya no hay un reconocimiento expreso de esta función aunque, por razones de interés general o de utilidad pública, puede limitarse e incluso anularse el derecho de propiedad.

C. CRITERIOS DE VALORACIÓN

Una vez reconocida la existencia de intereses públicos que justifiquen las restricciones, debe considerarse si son adecuadas, necesarias y proporcionadas, de modo de no resultar inconstitucionales. A este procedimiento se le denomina “juicio de constitucionalidad”.

En definitiva, habrá de observarse si la medida restringe, efectivamente, esta libertad. Luego, deberá verificarse si el legislador está persiguiendo un fin legítimo y, por último, deberá valorarse la idoneidad de la medida al fin perseguido (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, pp. 53 y 59).

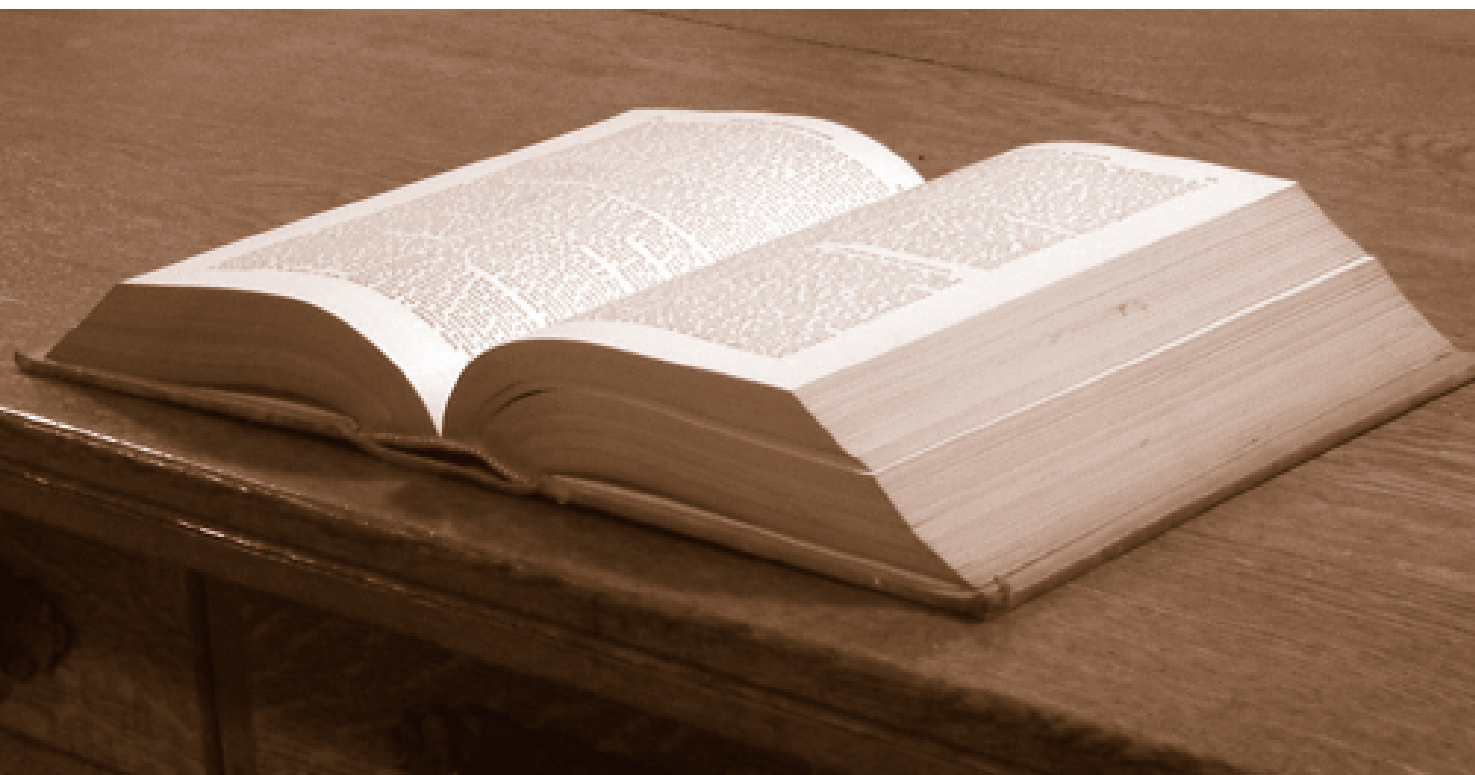
1. Adecuación

El juicio de adecuación de la norma importa comprobar que la medida restrictiva es idónea para el fin pretendido. Por lo tanto, no superarán esta barrera todas aquellas normas que resulten inadecuadas debido a que no pueden lograr razonablemente el objetivo pretendido (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 66). A vía de ejemplo, no resisten este análisis, aquellas normas que, escudándose en la necesidad de proteger a los consumidores, establecen limitaciones geográficas o imponen una residencia determinada, porque con estas medidas no se beneficia al consumidor.

El mismo fin tendrán las normas que se dicten en función de intereses que no resultan lesionados en absoluto o cuando no exista una explicación para la limitación o existiendo resulte incoherente o equivocada. Las normas dictadas así, generalmente no encuentran su fundamento en un interés general sino en el interés particular de ciertos competidores (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 67).

2. Necesidad

El juicio de necesidad supone la verificación de la existencia o no, de otras opciones para lograr el objetivo buscado. Si existen otras formas, no restrictivas o menos restrictivas, a disposición del poder público, para



aliviar las necesidades del interés general, deben utilizarse éstas y no otras.

No son necesarias, por tanto, las superposiciones de normas que tiendan todas al mismo fin o el exceso en la satisfacción de los intereses generales más allá de lo mínimo (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 71).

3. Proporcionalidad

El sacrificio debe responder a un criterio de proporcionalidad, que asegure la justicia de la limitación. Así, si de la afectación de derechos individuales surge un mal o daño mayor que la ventaja que recibe la comunidad, no habría razones de interés general que dieran fundamento constitucional a la Ley.

La desproporción puede resultar del uso que hace la administración de una atribución de competencias realizada por el legislador o de la interpretación administrativa de una norma legal o puede resultar de las consecuencias (desproporcionadas) del incumplimiento de una obligación (Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, 2003, p. 77).

CONCLUSIÓN

Uno de los principales objetivos de los estudiosos de la “Constitución económica” es desentrañar el modelo económico seguido en las Constituciones.

Es una realidad que las Constituciones hacen re-

ferencias abundantes a la economía y que el Derecho faculta al Estado a intervenir en la economía. Lo fundamental, al decir de Aragón, es determinar si esa intervención tiene límites constitucionalmente establecidos y en distinguir en qué casos la intervención es obligatoria y en cuáles otros es facultativa. De la respuesta a esa pregunta surgirá el modelo seguido en la Constitución en estudio.

Las Constituciones garantizan la iniciativa privada para la realización de actividades económicas en términos similares. Establecen los derechos fundamentales necesarios, sin cuyo reconocimiento esta iniciativa no sería posible, y determinan sus límites, sin los cuales los intereses particulares avasallarían los de la sociedad en su conjunto.

La Constitución española, en el artículo 38, establece como límite a la libertad de empresa “las exigencias de la economía general” y las exigencias “de la planificación”. Nuestra Constitución reconoce los límites clásicos aunque, en definitiva, los establecidos en la Constitución española puedan considerarse incluidos en ellos.

Es radicalmente distinta la filosofía de ambos ordenamientos en lo que a la recepción del concepto de empresa se refiere. En este sentido la Constitución española reconoce el derecho a la libertad de empresa otorgándole un contenido esencial propio y distinto a la libertad de actividad o profesión. Nuestra Constitu-

ción, en cambio, reconoce un derecho a la libertad de profesión y actividad, en lo que se considera incluido el derecho a hacerlo en forma de empresa.

Finalmente debe advertirse en la Constitución española el reconocimiento a la función social del derecho de propiedad, circunstancia que comparte con las fórmulas constitucionales más recientes, como la brasileña y la boliviana. La nuestra, en cambio, no realiza tal declaración pero igualmente el derecho del propietario queda sujeto a los límites que establezca la Ley por razones de interés general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Soto, R.** (2008): "El interés público en la defensa de la competencia", *Derecho mercantil, Facultad de Derecho, UAM*, descargado de <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercantil/investigacion/investig1.html>, el 23 de enero.
- (2008). "Competencia y comercio. El marco general", *Derecho mercantil, Facultad de Derecho, UAM*, descargado de <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercantil/investigacion/investig1.html>, el 23 de enero.
- Aragón, M.** (1996): "Constitución económica y libertad de empresa", en: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. I, p. 163 a 180. Madrid: Civitas.
- Bensión, A.** (2007): "Las reformas económicas de Uruguay (1974-2004)", in: *Serie Macroeconomía del Desarrollo*, nº 50. 2006. División de Desarrollo Económico para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), descargado de <http://www.cepal.cl/publicaciones/xml/1/25901> el 22 de enero.
- Berro, G.** (2008): "Responsabilidad Por Acto Legislativo", in: *La Justicia Uruguaya*, t. 107. Montevideo.
- Bilancia, P.** (1996): *Modello economico e quadro costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 247 pp.
- Brito, M.** (2008): "Principio De Legalidad E Interés Público En El Derecho Positivo Uruguayo", in: *La Justicia Uruguaya*, t. 90. Montevideo.
- Correa Freitas, R.** (1984): "El control de la constitucionalidad de las leyes en la Republica Oriental del Uruguay", in: *La Justicia Uruguaya*, t. 88. Montevideo.
- Estévez Paulós, J.** (1999): "La Constitución y los límites de la presión tributaria", in: *La Justicia Uruguaya*, t. 99. Montevideo.
- Font Galán, J.** (1995): "Legitimación constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento del mercado competitivo", in: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, p. 1.311 a 1337. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Galgano, F.**: "La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali" in: Romagnoli, U... et alt. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, pp. 511 a 530. Padova: Cedam.
- Hargain, D.** (2004): "Defensa de la competencia y política de competencia", in: López, Rodríguez Olivera & Bado Cardozo. *Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial*, <http://www.derecho.comercial.edu.uy>
- Korzeniak, J.**: *Primer curso de Derecho público. Derecho constitucional*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Menéndez Menéndez, A.**: (1996). "Constitución, sistema económico y Derecho mercantil", *Hacienda Pública Española*, n. 94, p. 47 a 77. Madrid.
- Ottaviano, V.**: "Il governo dell'economia: I principi giuridici" in: Romagnoli, U... et alt. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, pp. 185 a 207. Padova: Cedam.
- Paz-Ares, C. y Alfaro Águila-Real, J.** (2003): "Un ensayo sobre la libertad de empresa", in: *Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, p. 5.971 a 6.040. Madrid: Thomson Civitas.
- Prieto, A.** (2007): "Uruguay: Cambios en una sociedad amiga de lo público", *Anuario de Servicios*, 2005/6, <http://www.tni.org/books/yearb05uruguay-s.pdf>, descargado el 22 de enero.
- Puente Muñoz, T.** (1980): "El derecho de propiedad y la constitución", in: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, p. 123 a 135. Valencia: Universidad de Valencia-Facultad de Derecho.
- Risso Ferrand, M.** (2006): *Derecho Constitucional*, t. 1, 2 ed. act. y ampl., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Robles Martín-Laborda, A.** (2001): *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid: La Ley.
- Rodríguez- Arana, J.** (2003): "Los derechos fundamentales en el estado social y el derecho administrativo constitucional", *Anuario de Derecho administrativo*, t. X, pp. 59 a 68. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N. E y López Rodríguez, C. E.** (2004): *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 1, t. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rojo, A.** (1983): "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", *Revista de Derecho mercantil*, p. 309 a 341. Madrid: Gráficas Aguirre.
- Rubio Lorente, F.** (1996): "La libertad de empresa en la constitución", in: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. I, p. 431 a 446. Madrid: Civitas.
- Ruiz-Rico Ruiz, G.** (1995): "La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de libre competencia", *Revista de Derecho mercantil*, n. 215, enero-marzo, p. 223 a 258. Madrid: s/e.
- Torno Mas, J.** (1991): "Ordenación constitucional del comercio", in: *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. V. Madrid: Civitas.
- Sayagués Laso, E.** (1998): *Tratado de Derecho administrativo*, t.I, 6 ed. act. por Martins, Daniel H. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.