

## REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *La "constitución económica" en la Constitución española de 1978. Observaciones generales.* II. *La libertad de empresa como derecho público subjetivo.* III. *El contenido esencial de la libertad de empresa.* IV. *Precisiones sobre la licitud constitucional de los diferentes sistemas de intervención y criterios para su elección.* V. *El papel de la administración pública en relación a los derechos fundamentales.* VI. *La polémica intervencionismo-liberalización: algunas advertencias.* VII. *Una referencia final a la planificación.*

### I. LA "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA" EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. OBSERVACIONES GENERALES

Si algo hubiera que destacar en la trayectoria científica del doctor Fix-Zamudio, yo no dudaría en escoger a esos efectos su firme y noble empeño en la protección y defensa de los derechos fundamentales. Por esa razón me ha parecido particularmente apropiado, a la hora de colaborar en su merecido homenaje académico, hacer algunas reflexiones sobre uno de esos derechos que, a pesar de constituir uno de los pilares básicos de nuestra civilización, resulta particularmente polémico: la libertad de empresa.

Voy a hacerlo, naturalmente, sobre la base que proporciona la Constitución española de 1978, por lo que, a fin de facilitar la comprensión de su contexto por el lector no familiarizado con nuestra norma fundamental, me parece imprescindible formular algunas precisiones preliminares.

La Constitución española vigente es fruto de un consenso entre fuerzas políticas muy dispares, desde la derecha continuista, procedente del régimen político anterior, hasta el propio partido comunista. Refleja, pues, un punto de equilibrio entre posiciones ideológicas encon-

\* Catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

tradas, que sólo pudieron conciliarse sobre la base de múltiples, y a veces oscuras, concesiones mutuas.

Este equilibrio es particularmente sutil en el ámbito de lo que la literatura constitucional conviene en llamar la *Constitución económica*, es decir, el conjunto de principios que contribuyen a definir el marco general en el que se ha de desenvolver la acción económica de los diferentes sujetos, públicos y privados.

Ese marco general se compone *grosso modo* de los siguientes elementos:

El sistema económico que se encontraron los constituyentes era ya un sistema mixto, en el que un sector público nada despreciable convivía con un sector privado ampliamente intervenido y tradicionalmente estimulado y aun sostenido en muchos casos, a causa de su escasa fortaleza estructural, por los poderes públicos. Este sistema mixto, esta realidad preconstitucional concreta, fue expresamente reconocida por los constituyentes, que, por las razones dichas, no quisieron alterar en lo esencial el *statu quo* anterior en materia tan delicada. Es muy gráfico en este sentido el empleo del presente de indicativo en el artículo 38 de la Constitución, que es, obviamente, una de las piezas fundamentales en el marco general que sucintamente pretendo exponer aquí:

*Se reconoce* la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

La aceptación del *statu quo ante* que el precepto transcrito refleja, supone un punto de partida, pero no implica, en absoluto, una renuncia a su progresiva corrección, que, por el contrario, constituye una de las claves esenciales de una norma fundamental que ya en su artículo 9-2 asigna enfáticamente a los poderes públicos con carácter general la función de:

Promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Esa voluntad correctiva de la herencia recibida es particularmente

clara en el campo económico. Así resulta, en efecto, de lo dispuesto en el artículo 40-1, a cuyo tenor:

Los poderes públicos *promoverán* las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal *más* equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica.

He subrayado el verbo “promoverán” y el adverbio “más” para destacar debidamente el tono claramente imperativo del primero (en clara contraposición, por cierto, con el meramente declarativo del “se reconoce” del artículo 38) y el alcance comparativo y desiderativo del segundo, que lleva implícita la afirmación de un juicio negativo de valor respecto de la situación precedente y la expresión de un propósito corrector de la misma.

Esas ideas se reiteran luego en el artículo 131-1 cuando se dice que:

El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución.

El precepto que acaba de transcribirse incluye una alusión a un concepto, “desarrollo”, que tiene en nuestra historia más reciente un significado muy concreto y que lleva en sí una carga polémica notable. Ese concepto se maneja por la norma constitucional como equivalente del “crecimiento”; pero conviene advertir que ese crecimiento que la Constitución pretende estimular, quiere ser algo distinto de lo que fue en los años sesenta y pretende orientarse en función de parámetros no simplemente cuantitativos como entonces, sino preferentemente cualitativos, susceptibles de asegurar ante todo “una digna calidad de vida”. El “Preámbulo” de la Constitución es explícito al respecto, y en él “la Nación Española... proclama su voluntad de...promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”. El artículo 45, por su parte, traduce y concreta esta aspiración general al afirmar que:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de:

todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Aceptación de la herencia recibida, voluntad de corrección, opción por un desarrollo de signo cualitativo. He aquí el escenario general en el que ha de desenvolverse la trama. ¿Y los actores? Los particulares, por supuesto, a quienes se garantiza su libertad de empresa y, *al mismo nivel que ellos*, los poderes públicos. Este último dato es importante para completar el cuadro que sumaria y esquemáticamente trato de describir. El artículo 128 de la Constitución, tras afirmar que: "1. Toda riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general", añade lo siguiente:

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

Este concreto precepto, así como la alusión a la planificación económica que se contiene en los artículos 38 y 131, antes citados, han sido los puntos que más alarma produjeron en el seno de las fuerzas políticas conservadoras tanto en el proceso constituyente como después de él, alarma que la sonada expropiación del grupo RUMASA contribuyó a incrementar.

No voy a entrar ahora en el análisis del precepto en cuestión, que me desviaría demasiado de lo que constituye el objeto de estas observaciones preliminares; pero sí me parece imprescindible destacar a propósito del mismo lo siguiente:

El segundo inciso del artículo 128-2 no encierra en sí mismo ninguna novedad importante con respecto al derecho anterior. Por otra parte, los vientos que hoy soplan —y que vienen soplando en todo el mundo occidental desde hace diez años— no son propicios, ni mucho menos, a la expansión de un sector público, que ha venido sufriendo, en mayor medida incluso que el privado, las consecuencias de la crisis económica. El espíritu que alienta el artículo 128-2 no apunta en esta dirección y, aunque lo hiciera, ello no justificaría la alarma producida, supuesto que la reserva al sector público de recursos o servicios antes privados (esto es, su nacionalización) está expresamente ceñida a los que tengan carácter esencial, precisión ésta que en un sistema en el que existe

un control de la constitucionalidad de las leyes cobra un valor muy especial y cierra el paso *ab initio* a las eventuales veleidades de un legislador ocasional.

La intención de la norma —y su contenido innovativo— se sitúa en el inciso primero de la misma, derechamente orientado a destruir la posición de inferioridad con respecto a la iniciativa privada en que las leyes fundamentales precedentes se empeñaban en situar a los poderes públicos, cuya eventual actuación como empresarios se condicionaba expresamente en virtud del principio de subsidiariedad que aquéllas consagraban a la previa comprobación de la insuficiencia de la acción de los particulares.

Esta incapacidad relativa de los poderes públicos para crear y mantener empresas económicas es la que el artículo 128-2 de la Constitución ha querido eliminar. Eso es lo único que la norma fundamental quiere decir y dice, esto es, que la iniciativa privada y la pública se encuentran en el mismo nivel y que ésta no aparece a *priori* subordinada a aquélla. Cualquier otra conclusión respecto a sus nuevas y mutuas relaciones sería, por el momento, apresurada, pues antes de formular ninguna es preciso analizar cuidadosamente la posición y el *status* que al empresario privado le reserva la Constitución, es decir, el significado y alcance del principio de libertad de empresa, cuyo estudio, una vez definido el contexto general en que se encuadra, paso a emprender.

## II. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO

El texto literal del artículo 38 de la Constitución no requiere muchas explicaciones. El condicionamiento de la libertad de empresa por las exigencias de la economía general no constituye ninguna novedad, ni en España, ni en el derecho comparado del mundo occidental. Tampoco lo es su posible encuadre en una eventual planificación, de la que también teníamos experiencia bastante en el momento constituyente. El artículo 38 se abstiene de calificar la planificación a la que se refiere; pero ello no plantea problemas interpretativos mayores, supuesto que dicho precepto pone en relación planificación con libertad, y ello obliga así, *ab initio*, a conciliar ambos términos excluyendo a *radice* desde ese momento la planificación imperativa que, por hipótesis, es inconciliable con la idea misma de libertad.

El análisis, a nivel de los grandes principios que es el que ahora

ha dominado entre nosotros, no ofrece por ello, en mi opinión, mayor interés.

Lo que sí importa —y mucho— es destacar la ubicación sistemática del precepto, que está incluido en el título I, "De los derechos y deberes fundamentales", dentro de la sección 2ª, "De los derechos y deberes de los ciudadanos", de su capítulo II, "Derechos y libertades".

Nuevamente aquí se precisa una aclaración (la última de este tipo) para el lector no español. La Constitución española divide su tabla de derechos en tres bloques distintos, a cada uno de los cuales corresponde un régimen diferente y —esto es importante— un nivel de protección igualmente diverso. En el primer bloque, que goza de la máxima protección incluida la posibilidad de solicitar y obtener el amparo inmediato del Tribunal Constitucional al que en este caso puede acceder cualquier ciudadano, se incluyen las clásicas libertades —autonomía (derechos de reunión, asociación, expresión, libertad de conciencia, etcétera), con alguna excepción notable (el derecho de propiedad, al que no se quiso dar ese tratamiento justamente para evitar todo riesgo de bloqueo del proceso de transformación social que el concepto de Estado social de derecho comporta), y la adición, igualmente notable, de otros derechos de naturaleza prestacional (el derecho a la educación, artículo 27, al que de este modo ha querido darse especial relieve).

Los derechos del segundo bloque gozan de una protección menor que los anteriores y, aunque como ellos son auténticos derechos subjetivos (el de propiedad, por ejemplo), su eventual violación no puede ser remediada por sus titulares por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que sólo está abierta para los derechos del primer bloque.

El tercer grupo o bloque de derechos comprende la mayoría de los llamados económico-sociales, que comenzaron a incorporarse al constitucionalismo contemporáneo a raíz de la Constitución mexicana de 1917 y de la alemana de Weimar de 1919. Son éstos derechos de naturaleza prestacional, que, por su estructura, precisan para ser auténticamente operativos de un proceso de transformación y concreción por parte del legislador y de la administración, que han de crear el aparato organizativo, financiero y jurídico necesario para convertirlos en prestaciones materiales exigibles por los ciudadanos. Sólo después de y gracias a ese proceso de transformación que el legislador está constitucionalmente obligado a desarrollar, podrían surgir como verdaderos derechos subjetivos. Antes de él son, más que auténticos derechos, sim-

ples principios informadores de la actividad de los poderes públicos o, como la propia Constitución los llama, “principios rectores de la política social y económica”, cuyo reconocimiento, respeto y protección deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Su protección, en consecuencia, es indirecta, como subraya el artículo 53-3 de la norma fundamental cuando dice, de forma muy expresiva aunque no muy correcta técnicamente, que “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Pues bien, hecha esta aclaración general, podemos ya intentar definir la concreta naturaleza jurídica de la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución, definición que no es, ni mucho menos, innecesaria, ya que, como la propia jurisprudencia constitucional refleja, ni siquiera en el seno de nuestro más alto tribunal reina unanimidad al respecto.

En rigor, el alto tribunal, siempre que se ha visto obligado a pronunciarse sobre el tema de la libertad de empresa, ha procurado evitar afrontarlo de forma directa buscando de inmediato la salida por la vía de la reserva de ley, lo que le ha permitido eludir el compromiso de definir lo que en cada caso haya de entenderse como integrante del “contenido esencial” de la misma. Ello da a la jurisprudencia hasta ahora disponible una cierta nota de provisionalidad y también de ambigüedad con respecto a lo que constituye el núcleo del problema.

En algún caso, incluso —y en este sentido es significativo el voto particular del señor Díez Picazo a la Sentencia de 16 de noviembre de 1981 sobre la Ley vasca del Centro de Contratación de Cargas—, parece apuntarse hacia la configuración de la libertad de empresa como un mero “principio inspirador de la línea del orden económico”, por lo que —dice el citado voto particular— “sólo puede hablarse de un contenido esencial de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido, más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados”.

Tal punto de vista pone en cuestión la naturaleza misma de la libertad de empresa, situándola por debajo del nivel en el que la Constitución la ha colocado. La libertad de empresa no es, en nuestro sistema constitucional, un simple principio informador del orden económico, susceptible de quedar satisfecho en tanto éste no se oriente decididamente en función de un modelo de signo opuesto. Es algo más que eso, bastante más, para ser exactos, y es importante notarlo desde ahora. La libertad de empresa es un auténtico derecho y un derecho fun-

damental como inequívocamente se desprende de la inserción sistemática del artículo 38 que la consagra en el capítulo segundo del título I de la Constitución, bajo del expresivo rótulo "Derechos y libertades". Es, además, un derecho que se predica de todos los individuos sin distinción y no sólo de los ciudadanos españoles, ya que el artículo 38 no hace ninguna discriminación al respecto por razón de los sujetos, como se realiza en otros preceptos constitucionales del mismo título y capítulo (artículos 19, 23, 29, 30 y 35, por ejemplo).

La diferencia es clara, amén de importante, porque el régimen jurídico aplicable en cada caso es diferente también, a tenor de lo dispuesto en el artículo 53. Los llamados principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I (derecho a la salud, derecho al medio ambiente, derecho a la cultura, derecho a la vivienda, etcétera) agotan su funcionalidad, como ya hemos visto, en su capacidad informadora de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo a través de su desarrollo legislativo concreto se convierten en auténticos derechos susceptibles de ser invocados ante los tribunales (artículo 53.3).

Los derechos de la sección 2ª del capítulo segundo, entre los que se incluye la libertad de empresa, se sitúan sin embargo, a un nivel más elevado, tienen un punto mayor de intensidad. Por supuesto que han de informar también la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de la administración; este dato es, obviamente, común a los tres niveles de derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce; pero con ello no se agota su operatividad.

Es verdad también que la Constitución remite estos derechos a su ulterior concreción por el legislador; pero esa remisión se hace en condiciones bien distintas, puesto que, como señala el número 1 del artículo 53 ("Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos"), de ella se excluye en todo caso lo que constituye su contenido esencial, que es intangible para el legislador y que está, en consecuencia, garantizado directamente por la Constitución.

En esta parte esencial de su contenido, los derechos de la sección 2ª del capítulo segundo y, por tanto, la libertad de empresa, son, pues, directamente operativos *ex constitutione* y, en consecuencia, esgrimibles e invocables directamente ante los tribunales por sus titulares.

*La libertad de empresa, supuesta su configuración constitucional, no se predica, pues, solamente del sistema, sino también, y sobre todo, al menos por lo que concierne a su núcleo esencial, en cuanto que éste*



*es indisponible para el legislador, de los empresarios, sean éstos españoles o extranjeros.*

Esto es lo que hay que retener en primer término, sin que valgan ningún tipo de excusas. Pudo, en efecto, ser de otro modo, como algunos han apuntado con ánimo de desvalorizar el juego que a la libertad de empresa corresponde en nuestro ordenamiento constitucional; pudo, ¡cómo no!, haber sido configurada por el Constituyente como un mero principio rector más de la política social y económica; pero lo cierto es que no lo ha sido. En el plano jurídico-positivo, que es ahora el nuestro, las cosas, guste o no guste, son de otro modo. La libertad de empresa en nuestro derecho positivo vigente es, ya lo he dicho, un auténtico derecho fundamental directamente operante *ex constitutione* en cuanto a su núcleo esencial y sólo susceptible de modulación por el legislador en cuanto al halo que rodea ese núcleo intangible.

### III. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

La cuestión a dilucidar a continuación, es, justamente, la relativa a la delimitación de ese contenido esencial indisponible para el legislador, cuestión ésta ciertamente difícil, que, sin embargo, no puede resolverse en los términos nebulosos y elusivos que utiliza la Sentencia constitucional del 24 de julio de 1984, dictada a propósito del problema de las limitaciones al establecimiento de oficinas de farmacia.

El propio Tribunal Constitucional, en una Sentencia anterior, de 8 de abril de 1981, relativa al derecho de huelga, ha señalado una doble vía de identificación del contenido esencial de los derechos fundamentales, que, sorprendentemente, sin embargo, no ha utilizado en nuestro caso. En dicha Sentencia se afirma, en efecto, que integran el contenido esencial de un derecho, "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito", lo que, desde otra perspectiva, la de los intereses jurídicos protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos, se concreta más adelante en "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos", de forma que "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Con estas pautas, la citada Sentencia constitucional de 8 de abril

de 1981 define el contenido esencial del derecho de huelga como una cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir, y rechaza como lesiones de ese contenido la exigencia de un interés profesional directo y concreto, referido a una determinada categoría laboral, la de un referéndum previo, supuesto que el derecho se reconoce a todos y cada uno de los individuos, así como la facultad gubernativa de imponer la reanudación del trabajo, considerando, en cambio, compatible con el núcleo esencial constitucionalmente garantizado el establecimiento de servicios mínimos y la adopción de las medidas llamadas a asegurar éstos, así como la imposición previa de tipos abusivos de huelga.

Lo importante, en último término, es que, cualesquiera que sean sus limitaciones (que han de ser siempre razonables), el derecho siga siendo identificable como tal y resulte practicable y realmente operativo, susceptible, por lo tanto, de cumplir su función propia. Si del derecho a ser informado de la acusación se trata, dice la Sentencia constitucional de 10 de abril de 1981, el contenido esencial de esa información ha de comprender no sólo los hechos, sino también su calificación jurídica, ya que, de otro modo, no cumpliría su función de hacer posible una defensa eficaz del acusado.

No parece imposible sobre esta base intentar una delimitación semejante del contenido esencial de la libertad de empresa como derecho a iniciar y sostener en libertad una actividad empresarial, ni tampoco incluir en ese núcleo los dos tipos de facultades a los que hace algún tiempo se refirió García Pelayo y en los que ha insistido después S. Martín Retortillo: la de participar libremente por aportación de recursos privados en la fundación, mantenimiento y reproducción de empresas económicas y la de que cada empresa o empresario puedan decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación en función de sus recursos, de las demandas actuales y potencias del mercado y de otras variables.

Con este núcleo esencial son compatibles, como la Sentencia de 8 de abril de 1981 precisó para el caso del derecho de huelga, tanto la definición previa de ciertas actividades ilícitas, como el establecimiento de condiciones llamadas a asegurar la compatibilidad de ciertas actividades con otros valores constitucionales protegidos (derecho a la salud, derechos de los consumidores, derecho al medio ambiente y protección de los recursos naturales, redistribución de la renta regional, etcétera), incluidas, por supuesto, las superiores exigencias de la economía general, a las que expresamente alude el artículo 38.

Todas estas limitaciones habrán de ser, sin embargo, razonables, esto es, justificadas en base a datos objetivos, y verificables, y habrán de dejar en todo caso, por complejo que sea el marco que contribuyan a formar, espacio suficiente para el libre despliegue de la capacidad de decisión del empresario sobre sus propios objetivos.

Desde un punto de vista general no es posible hacer muchas más precisiones, sólo un análisis casuístico puede llegar a suscitar a la vista de las concretas circunstancias concurrentes. Desde la solemnidad propia del derecho constitucional hay que descender, pues, al terreno más prosaico del derecho administrativo.

#### IV. PRECISIONES SOBRE LA LICITUD CONSTITUCIONAL DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE INTERVENCIÓN Y CRITERIOS PARA SU ELECCIÓN

Una consideración de conjunto sobre nuestro ordenamiento jurídico-administrativo revela de inmediato que no hay actividad privada de signo económico que no esté sujeta a una intervención precisa por los órganos de la administración, bien bajo la forma de autorizaciones, licencias o permisos, bien bajo la de inscripciones en registros públicos, comunicaciones o declaraciones de muy distintos tipos.

Las normas que regulan estos distintos tipos de intervención administrativa, como todas las que integran el ordenamiento jurídico-administrativo, son enormemente heterogéneas y tienen como signo común característico la ocasionalidad, por mucho que haya podido o puedan mantenerse vigentes durante un largo periodo. Su mismo rango es muy diverso, diferente es también su origen, así como la época en la que fueron dictadas, los fines concretos por ellas perseguidos y las "políticas" que las inspiraron, que, incluso, han variado a lo largo del tiempo, aun en el caso que la norma permanezca.

Este agregado multiforme de normas —y de técnicas de intervención— que antes encontraban un sentido unitario en el seno del sistema a partir de las leyes fundamentales que presidían éste, tiene que ser objeto de una profunda revisión ahora, desde el momento mismo en que la norma de cabecera, la cúspide del ordenamiento jurídico, *norma normarum* que lo constituye como tal y de la que aquél depende en su totalidad, ha experimentado una profunda transformación.

A partir de la nueva Constitución es, pues, preciso replantearse desde el principio el problema del intervencionismo de la administración en el campo económico, para lo cual resulta imprescindible recordar aquí algunas nociones fundamentales, bastante obvias sin duda, que, sin

embargo, tenemos olvidadas, ya que hasta 1978 carecían, en general, de verdadera trascendencia.

Por lo pronto, hay que distinguir dos grandes modelos o sistemas de intervención: uno de signo represivo y otro de signo preventivo. El primero supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometido *ab initio* a control administrativo alguno; sólo *a posteriori*, en los casos en que se compruebe que una concreta actividad se desarrolla fuera de los cauces de la reglamentación establecida, surge la reacción por vía de sanción, administrativa o penal. El sistema preventivo supone una intervención más intensa, una mayor restricción de la libertad, ya que a la regulación previa de la actividad mediante las normas correspondientes se une una comprobación, también previa, por la administración de la adecuación a la misma del concreto proyecto ideado por quien pretende ejercer dicha actividad, de forma que sólo cuando esa comprobación tenga un resultado satisfactorio se levantará la prohibición general que la ley reguladora establece como punto de partida.

Que el sistema preventivo supone una mayor restricción de la libertad que el preventivo, es algo que no ofrece duda, ya que, como acabo de notar, aquél parte de una prohibición general e implica un control previo individualizado de todas y cada una de las actividades que, en ejercicio del derecho reconocido por la Constitución, pretendan emprenderse, mientras que éste supone sólo un control ocasional de aquellas actividades respecto de las cuales se advierten indicios de un presunto exceso. Por lo demás, el control previo, por ser tal, opera sobre hipótesis, ya que la actividad aún no ha sido emprendida, lo que *de facto* hace entrar en juego un margen de apreciación notable del que la administración se beneficia, cosa que no ocurre en el control *a posteriori*, que es el propio del sistema represivo, ya que su objeto no es una mera hipótesis, sino una realidad dada, la concreta realidad de la actividad que se viene ejerciendo.

El control previo que el sistema preventivo comporta en todo caso admite, sin embargo, modalidades distintas, que suponen grados también diferentes de intervención. Puede consistir, por ejemplo, en una simple declaración, comunicación o notificación previa, que el particular viene obligado a formular ante la administración competente antes de emprender la actividad (la declaración de mercancía liberada a efectos de importación o la comunicación al Banco de España de la apertura de una nueva oficina bancaria o la comunicación a la administración de la

elevación de ciertos precios), que puede ir o no seguida de la inscripción en un registro público (así, por ejemplo, en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias a partir del Real Decreto de 26 de septiembre de 1982, artículo 2) o, en su caso, dar lugar a una prohibición formal ulterior en el supuesto de que la actividad declarada no cumpla alguno de los requisitos previstos en la norma aplicable.

El nivel máximo de intervención, sin embargo, es el que resulta de la exigencia de una autorización previa de la actividad, que es, por cierto, la técnica más frecuentemente utilizada hoy por hoy entre nosotros, y hasta la liberalización acordada por Decreto-Ley de Ordenación Económica del 21 de julio de 1959 prácticamente la única.

La autorización previa admite, también, variantes más o menos agravadas para la libertad, bien por razón del modo de obtención de la misma, que es distinto, obviamente, según que el silencio de la administración ante la petición del particular juegue en sentido positivo o negativo, bien por razón de la configuración normativa del poder conferido a la administración para otorgarla o negarla, que puede ser un poder estrictamente vinculado o reglado o más o menos discrecional y admitir o no condicionamientos.

Todas estas modalidades de intervención, que son muchas, como puede apreciarse, ya que los ingredientes que entran en juego en su composición son en muchos casos susceptibles de combinación, pueden ser consideradas, *en principio*, compatibles con la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución, supuesto que dicho artículo conecta —y condiciona— dicha libertad a las exigencias de la economía general y de la planificación, concepto este último que la jurisprudencia constitucional interpreta en un sentido material y no formal, lo que permite integrar en él todo programa de gobierno que responda a un principio de ordenación general de la actividad económica, se exprese o no en planes formalmente tales (*vid.*, Sentencia de 28 de enero de 1982). Sin embargo, no son ni pueden considerarse *indiferentes* o de uso pura y simplemente alternativo, como hasta ahora se había venido entendiendo, en ausencia de una norma constitucional propiamente dicha que obligara a apurar el análisis.

La situación anterior ha cambiado radicalmente a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, a partir de la cual es imprescindible distinguir entre las diferentes modalidades en la medida en que cada una de ellas supone un nivel de intensidad de la intervención administrativa también diferente. La elección ya no es, en consecuencia, enteramente libre para el legislador, que habrá de respetar en todo

caso los criterios immanentes al sistema de libertades que la Constitución ha implantado.

¿Cuáles son esos criterios? Por lo pronto, que no puede haber intervención constitucionalmente lícita sin ley habilitante previa y ley en sentido formal, pues "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial", puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución (artículo 53-1 de ésta), entre los que figura la libertad de empresa. Así lo ha afirmado, también sin vacilación, la Sentencia constitucional de 16 de noviembre de 1981.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución ya no son admisibles, por lo tanto, las intervenciones impuestas por normas de rango reglamentario, antes de ella muy frecuentes. Estas normas anteriores siguen en vigor, pues, para evitar el vacío que de otro modo se hubiera producido, la jurisprudencia constitucional se ha visto obligada a afirmar que "el principio de legalidad, que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada" (Sentencia de 7 de mayo de 1981), "especialmente cuando la fuente del derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su publicación" (Sentencia de 8 de abril de 1981); pero su eventual modificación tendrá que observar inexcusablemente las exigencias formales que resultan de la Constitución.

La observación no es baladí, pese a que en un régimen parlamentario la mayoría gobernante (mucho más cuando es absoluta, como ahora) sea la misma, tanto cuando actúa en sede gubernativa, como cuando se expresa en sede parlamentaria. Como dijo Hauriou hace ya muchos años: *"el espíritu de la Ley es ser favorable a la libertad, mientras que el espíritu del reglamento es ser favorable a la autoridad."* Por lo demás, no faltan casos en que los viejos reglamentos preconstitucionales han sido sustituidos, una vez en vigor la Constitución, por normas de idéntico rango, a pesar de que, de acuerdo con ésta, la necesidad de ley era y es evidente. El caso del Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos, de 27 de agosto de 1982, que sujeta a autorización previa la apertura de toda clase de locales y la celebración de todo tipo de espectáculos, es bien significativo.

¿Quiere esto decir que está vedado al Reglamento toda intervención en la materia? Evidentemente, no. La Sentencia constitucional de 24 de junio de 1984 ha explicado muy bien el alcance de la reserva legal que

establece el artículo 53.1 de la Constitución y los términos en que es constitucionalmente lícita la colaboración del Reglamento con la ley en este ámbito. Dice así dicha Sentencia:

Este principio de reserva de ley entraña, en efecto una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada; esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

La reserva legal no impide, pues, absolutamente toda la intervención administrativa por vía reglamentaria; pero acantona éstas dentro de límites muy estrictos de cuya observancia depende su validez.

Las normas reglamentarias dictadas por la administración han de limitarse, pues, en este campo a añadir el complemento indispensable de la ley que desarrollan y sólo lo que sea estrictamente indispensable en el orden técnico para que la regulación legal pueda alcanzar sus fines. Todo otro contenido le está formalmente vedado a la administración, que no puede, en consecuencia, ni introducir nuevas limitaciones, ni restringir las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la ley misma que está llamada a desarrollar.



Aclarado el tema de las intervenciones por vía reglamentaria en la forma expuesta, es preciso hacer una segunda observación, ésta ya en relación a las técnicas singulares de intervención: en caso de duda respecto a la técnica de intervención concretamente utilizada por la ley, habrá que optar por la que suponga una menor restricción de la libertad. *In dubio pro libertate* es un principio inexcusable en la materia, que si en el régimen político anterior tenía ya consagración positiva (artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: "Si fueren varios los —actos de intervención— admisibles, se elegirá al menos restrictivo de la libertad individual"), ahora se presenta con la fuerza renovada que le presta la norma constitucional. La libertad es la regla, la intervención la excepción, que, como tal, hay que interpretar restrictivamente.

En tercer lugar, que la elección de la técnica de intervención por el propio legislador tiene que ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse. Quiere esto decir que si en un caso concreto es suficiente a estos fines con la mera regulación de la actividad y la represión a *posteriori* del mal uso de la libertad reconocida, es decir, con la implantación de un sistema de corte represivo, no debe imponerse un control preventivo de carácter general y, si las circunstancias obligan a establecer éste, debe elegirse la técnica de declaración previa con preferencia a la de autorización, etcétera. En materia de nuevas construcciones parece lógica la opción por el sistema preventivo y el consiguiente sometimiento de los proyectos a la previa licencia, ya que de otro modo sería más difícil depurar a *posteriori* los eventuales excesos. Muy distinto es el caso, sin embargo, de los espectáculos, cuyo sometimiento a un régimen de autorización o permiso previo carece de justificación en la medida en que las eventuales alteraciones del orden público, que es lo que tradicionalmente quiere evitarse con la exigencia de tal autorización o permiso, pueden ser eliminadas, caso de llegar a producirse, por otros medios, sin necesidad de restringir previamente la libertad de todos.

La elección exige necesariamente una valoración individualizada de cada supuesto de intervención, a partir de la cual podrán detectarse —y combatirse por los procedimientos que la Constitución habilita— los eventuales excesos. Como la casuística es muy grande, no cabe suplirla aquí con declaraciones generales. Sí puede decirse, sin embargo, que la lógica constitucional de la libertad tiende a reducir, cuando no a excluir totalmente, los amplios márgenes de discrecionalidad con que la administración acostumbraba a operar en el pasado, már-



genes que, más allá de ciertos límites, que a veces vienen impuestos por la propia realidad, cuya estricta vinculación a reglas preestablecidas no siempre es posible, puede comportar —y de hecho comporta— una completa desfiguración del derecho o, incluso, una sustitución pura y simple de la libertad por el arbitrio de la administración. Las experiencias del pasado son en este punto extremadamente aleccionadoras. Basta pensar, por ejemplo, en el manejo habitual que durante muchos años se hizo en el Ministerio de Industria del sistema de mínimos y condiciones técnicas de instalación de industrias implantado por el Decreto de 26 de enero de 1963, eufemismo que suponía *de facto* el cierre puro y simple del acceso a ese sector de nuevas industrias, como luego trataré de precisar.

Este tipo de discrecionalidad máxima afecta decisivamente al contenido esencial de la libertad de empresa, que la Constitución declara intangible por el legislador, y, en consecuencia, debe considerarse rigurosamente inconstitucional, como no ha dudado en declarar el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de noviembre de 1981, antes citada: *“Es claro —dice esta Sentencia— que esta amplísima discrecionalidad de un órgano administrativo para desechar las objeciones legítimas, basadas en razones técnicas o económicas, anula la libertad de opción del cargador y, en consecuencia, afecta a las condiciones básicas del ejercicio de su actividad.”* Lo mismo ha declarado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de marzo de 1982: *“sin que quepa entender investida a la Administración de facultades de libre apreciación al margen o más allá del ámbito que pueda demandar una racional apreciación de los hechos o requisitos determinantes.”*

La adecuación de la técnica de intervención a las circunstancias concurrentes y a los concretos fines públicos que la justifican, su sujeción a parámetros objetivos y verificables, su concreto manejo *pro libertate* en cada caso, son otros tantos *tests* de cuya superación depende la constitucionalidad misma de las normas y, por supuesto, de la actuación de la administración. A ellos hay que someter, desde ahora, todas las múltiples fórmulas técnicas interventoras que a lo largo del tiempo ha acumulado el ordenamiento jurídico-administrativo por las razones más variadas y en épocas muy diferentes, a partir de preocupaciones muy distintas también de las que hoy impone el ordenamiento constitucional, cuya vigencia efectiva hay que esforzarse en llevar al terreno de lo cotidiano.

## V. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las indicaciones precedentes deben ser completadas ahora con una referencia general al papel que corresponde a la administración pública en relación a los derechos fundamentales, ya que también en este punto, flotan equívocos capaces de ensombrecer la reflexión.

En la concepción liberal clásica, estando como estaban concebidos los derechos fundamentales de esa primera hora, como ámbitos de libertad exentos de toda ingerencia de los poderes públicos, la respuesta a esta cuestión era muy simple: la administración no tenía papel alguno que jugar en esta materia, puesto que todo el sentido de la afirmación constitucional de estos derechos radicaba, justamente, en asegurar su total abstención, en garantizar su absoluta neutralidad, su pasividad en una palabra.

Las cosas han cambiado, sin embargo, de forma importante desde entonces, y ello porque, de un lado, la tabla inicial de derechos se ha enriquecido al incorporarse progresivamente a ella otros muchos de contenido y estructura diferentes, lo que ha roto la homogeneidad de la lista primera, y, de otro, porque la complejidad de la vida social ha crecido de tal manera en los últimos cincuenta o sesenta años que el individuo se ha hecho extraordinariamente dependiente, de forma que nada o muy poco puede hacer por sí mismo en tanto permanezca aislado.

Las consecuencias de este cambio son bien visibles. Ni siquiera en el ámbito de las libertades clásicas, es decir, de las libertades —autonomía sobre las que se construyó el concepto mismo de derecho fundamental—, es posible conformarse ya con una mera actitud de abstención por parte de las administraciones públicas, porque, de hecho, incluso aquí, la efectividad misma de tales derechos y la disponibilidad real de las libertades que la Constitución consagra dependen en muy buena parte de la adopción por los poderes públicos de una actitud beligerante, de signo positivo, capaz de eliminar los obstáculos de todo orden con los que el ejercicio de esos derechos y libertades suele tropezar.

El derecho de asociación tiene que ser estimulado desde el poder si se quiere que sea algo más que un mero adorno y que cumpla realmente su función social de asegurar una participación efectiva de los ciudadanos en la vida social; otro tanto puede decirse de la libertad religiosa, y no digamos de la libertad de expresión, que sería simplemente ilusoria si los poderes públicos se limitaran a contemplar pasi-

vamente su ejercicio por quienes pueden, que son muy pocos, organizarse para hacer llegar su opinión a la mayoría. El derecho de reunión, por su parte, uno de los más clásicos, no podría simplemente ser ejercido si las fuerzas del orden no intervinieran para frenar a los contramanifestantes, cuya actuación puede dificultarlo gravemente y aún enervarlo.

La cuestión es bien clara y su comprensión no requiere mayores explicaciones, dada su evidencia. El propio texto constitucional así lo reconoce cuando asigna de forma expresa en su artículo 104 a las fuerzas y cuerpos de seguridad, "bajo dependencia del Gobierno", la misión de "*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades*".

El poder ya no puede ser visto como un enemigo de la libertad, sino como una condición necesaria del ejercicio efectivo de ésta. Debe, por supuesto, respetarla y abstenerse de toda ingerencia limitativa; pero su mera abstención ya no es por sí sola suficiente, ya que sin una acción positiva de sus agentes la libertad no puede en muchos casos desplegarse.

El artículo 9.2 de la Constitución es definitivamente concluyente al respecto, como ya vimos, al afirmar que:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La conclusión que de todo ello se desprende es simple. El papel de la administración pública, en relación a los derechos fundamentales, es doble en nuestros días: debe, desde luego, mantenerse en los límites del campo que ellos acotan sin invadirlo en ningún caso. Esta función negativa exige de una parte una actividad de vigilancia y de control de la línea fronteriza, porque allí donde termina la libertad individual, comienzan los intereses de la colectividad que es misión suya defender. Junto a esta función, sin embargo, se sitúa otra de signo opuesto, de carácter positivo, por lo tanto, que reclama una actuación de promoción y de estímulo de la libertad misma.

Desde esta doble perspectiva debe, pues, enfocarse el tema de las relaciones entre la administración y la empresa, o, si se prefiere este enunciado, el de la protección administrativa de la libertad de empresa. ¿Cumple la administración esta doble función en estos momen-

tos? ¿Responde a esta doble exigencia el vigente ordenamiento jurídico-administrativo?

## VI. LA POLÉMICA INTERVENCIONISMO-LIBERALIZACIÓN: ALGUNAS ADVERTENCIAS

Más atrás he avanzado ya algunas respuestas desde una perspectiva jurídico-formal y creo que merece la pena intentar completarlas ahora desde un punto de vista material o sustantivo, aunque el intento no pueda pasar de lo que es propio de una primera y general aproximación. El ordenamiento jurídico-administrativo, y de modo muy particular, el económico, es demasiado frondoso y demasiado heterogéneo y casuístico como para poder valorarlo de un solo golpe. Está formado, por otra parte, por múltiples capas o estratos, que, como ocurre con las formaciones geológicas, proceden de épocas muy diferentes, cada una de las cuales ha dejado un sedimento distinto que la praxis cotidiana ha ido soldando, además de una forma empírica al margen o en contra, incluso, de los imprescindibles procesos de depuración, que, o no se abordaron al iniciarse una etapa nueva, o fueron parciales, o no se desarrollaron en su totalidad de forma sistemática.

La banca y el crédito ofrecen un ejemplo muy expresivo de lo que digo. Sigue vigente, parcialmente desde luego, la vieja Ley de Ordenación Bancaria de 1946, aunque sus principios fueron sustancialmente alterados por la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca de 1962, dictada en vísperas del primer Plan de Desarrollo Económico, al servicio de la política que con él se inauguró. La Ley de Bases, de extraña y singular estructura, no reformó el sistema, sino que se limitó a abrir en términos muy imprecisos un proceso de reforma, cuya instrumentación se hizo a través de un rosario de disposiciones de muy distinto rango —y entre ellas dieciocho decretos-leyes— a lo largo de un periodo de tiempo muy dilatado. La última de ellas, sobre la banca extranjera, se produjo hasta 1978, fecha ésta en la que el impulso de la política económica de los años sesenta se había ya agotado totalmente y sus supuestos optimistas habían sido brutalmente sustituidos por los de una profunda crisis económica de la que aún no hemos salido. Entretanto, la Ley de Crédito Oficial de 1971 había transformado de forma radical la propia estructura de la autoridad monetaria y financiera y creado nuevos instrumentos de dirección y control del sistema. Tres años más tarde, en 1974, se inició un proceso de liberación, que la crisis cortó bruscamente, y no volvió a resurgir

sino hasta 1981, para ser nuevamente frenado por el protagonismo del déficit público, cuya financiación orienta hoy la política monetaria.

De todas estas fechas: 1946, 1962, 1971, 1974, 1981, etcétera, por citar sólo las que marcan hito en la evolución, hay actualmente normas vigentes cuya consideración en su conjunto ofrece dificultades que no es preciso encarecer.

Por ende, es forzoso renunciar a los detalles, que, por lo demás, tampoco son imprescindibles a nuestros efectos.

Partiré, pues, de una afirmación general, indiscutida e indiscutible: el signo marcadamente intervencionista de nuestro ordenamiento en este campo.

De esta afirmación, que de tanto repetirla se ha convertido en un lugar común, es frecuente pasar sin más a una conclusión radical: la necesidad de una liberalización total de la economía española, en la que un cierto sector de opinión cree o, al menos dice creer, ver la solución de todos los problemas.

Las cosas son, sin embargo, un poco más complejas. Es cierto, desde luego, que nuestro sistema económico está excesivamente intervenido; pero es preciso preguntarse por qué y, sobre todo, en beneficio de quién. Una reflexión sincera a partir de estas preguntas nos proporcionaría de inmediato algunas respuestas interesantes porque es evidente que no todo, ni probablemente lo más importante, se debe a un afán de control por parte de los detentadores del poder, actuales y anteriores.

En el caso de la industria, por ejemplo, la cosa es muy clara. En un primer momento —me refiero, claro está, al inicio de la posguerra, porque remontarse más atrás no tendría demasiado sentido—, es obvio que el intervencionismo administrativo tiene un soporte ideológico evidente. El aislamiento internacional del régimen franquista impone ciertamente una política de autarquía, y esa política se instrumenta sobre la base de las ideas dominantes, es decir, sobre el confuso e impreciso bagaje conceptual del nacional-sindicalismo. La Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939 es bien expresiva en este sentido. Su artículo 1º comienza diciendo que “la industria, como instrumento de la producción, se considera parte integrante del Patrimonio Nacional y subordinada al interés supremo de la Nación”, declaración ésta que, lejos de ser un mero recurso retórico, sirve de punto de apoyo a un régimen jurídico preciso de signo concesional. De concesiones, en efecto, se califican formalmente por el artículo 4 de la Ley los actos de la administración que dan vía libre a la instala-

ción de nuevas industrias y, como ocurre en todo régimen concesional, la administración se reserva la facultad de "fijar condiciones de producción y rendimiento" (artículo 4, apartado *c*), de "imponer condiciones de venta" en ciertos casos (artículo 4 apartado *d*), de "inspeccionar la contabilidad y llegar incluso a la incautación" de las industrias (artículo 4, apartado *e*), afirmándose, por otra parte, la "responsabilidad de los jefes directos de las empresas ante el Estado por incumplimiento de las directrices y orientaciones del Gobierno" (artículo 8).

Para ser justos, sin embargo, hay que decir que este componente ideológico primero pasó a un segundo plano y que, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial y agotado el periodo de aislamiento diplomático, la ley citada fue objeto de una reinterpretación silenciosa que enterró las ya entonces escandalosas determinaciones legales que acabo de recordar, sustituyendo la terminología concesional por la más neutra y más fácilmente asumible en el nuevo contexto de las autorizaciones.

A partir de ese momento, el sistema intervencionista se mantuvo, no por prejuicios ideológicos, sino por interés de los propios industriales o, al menos, con su efectiva complicidad. Esta afirmación puede parecer polémica, pero puede probarse con datos pertenecientes, incluso, a una etapa más próxima en el tiempo. En efecto, en 1963 llega para la industria la hora de la liberalización y el sistema de la vieja Ley de 1939 se convierte en un sistema marginal aplicable sólo a un reducido grupo de industrias, más o menos ligadas al concepto de servicio público y a la defensa nacional. Para el resto, la instalación, ampliación y traslado de industrias se liberaliza por el Decreto de 26 de enero de 1963, que hace automática la inscripción en el registro industrial de todas aquellas industrias cuyos proyectos aseguran el cumplimiento de unas determinadas condiciones objetivas previamente determinadas: los famosos "mínimos".

La realidad puso muy pronto de manifiesto, sin embargo, que la liberalización era más aparente que real, porque, en cuanto en un sector determinado la capacidad instalada alcanzaba un cierto nivel, o bien el sector paraba pura y simplemente al viejo sistema de autorizaciones discrecionales de la Ley de 1939, o bien los "mínimos" se elevaban de tal manera que ningún nuevo industrial podía alcanzarlos. Como tuve ocasión de subrayar entonces, los "mínimos" por planta sucesivamente fijados coincidían o sobrepasaban, incluso, la capacidad total del sector entero, lo que ponía al descubierto la verdadera naturaleza del nuevo sistema: los "mínimos" no funcionaron nunca como decla-

raciones previas de viabilidad de un proyecto industrial, sino como llaves que abrían o cerraban a voluntad los distintos sectores industriales, facilitando o impidiendo subrepticamente el acceso a los mismos de los nuevos industriales. ¿En beneficio de quién? Normalmente en beneficio de las industrias ya instaladas, a las que por este medio la administración aseguraba en todo momento el mantenimiento de una determinada cuota de mercado, garantizándola frente al riesgo de una competencia libre.

No es mi intención valorar ni en un sentido ni en otro esta política, que pertenece al pasado, sino sólo poner de manifiesto que el intervencionismo hoy tan denostado es un auténtico componente estructural de nuestra economía, y que su consolidación como tal es el fruto inevitable de una complicidad tradicional entre los empresarios y el Estado. Reconocerlo así es absolutamente imprescindible si de verdad queremos orientarnos en otra dirección.

Como mi propósito en este momento no es otro que el de propiciar una reflexión sincera y objetiva, libre de lo primero que hay que liberarse, que es de la tiranía de los tópicos, tengo que apresurarme a salir al paso de otro de los más usuales que la izquierda más radical maneja habitualmente.

He hablado, en efecto, de complicidad entre los empresarios y el Estado, y al hacerlo me he abstenido conscientemente de calificar aquéllos para designar exclusivamente a un tipo o clase de empresarios, porque, en efecto, me parece una simplificación interesada y burda limitar la referencia a los grandes empresarios o, como gustan decir los "halcones" de la izquierda, al gran capital.

No es así, en efecto. El intervencionismo, dada su antigüedad entre nosotros, es una enfermedad muy compleja que afecta al organismo entero y no sólo a una parte, más o menos localizada y significativa, del mismo. Para probarlo basta poner los ojos en el ordenamiento comercial y, concretamente, en el régimen de precios. Entre los productos sujetos al sistema de precios autorizados los hay de las más diversas clases. Algunos de ellos, como el pan común, no han conocido nunca un régimen de libertad. Pues bien, ¿a quién favorece el sometimiento del pan común a un régimen de precios máximos? Los ingenuos responderán enseguida que a los consumidores más modestos, a las capas más débiles de la población. La respuesta, sin embargo, no es correcta en absoluto y no es necesario un gran esfuerzo para comprenderlo.

La industria del pan es extremadamente heterogénea. Junto a pequeñas tahonas familiares que siguen fabricando pan en hornos artesa-



nos conviven en la misma provincia fábricas importantes con modernas instalaciones de gran capacidad. El precio por unidad es el mismo para todos y asegurar a todos, incluso a los pequeños panaderos artesanos, un margen razonable de beneficio. Si estos artesanos pueden mantenerse con el beneficio que les asegura el precio máximo oficial, es evidente que este precio está proporcionando al gran fabricante unos beneficios desmesurados, ya que sus costes por unidad son mucho menores. Si esto es así, quiere decirse que el pan común podría ser mucho más barato de lo que es y que; en definitiva, el consumidor, lejos de ser el beneficiario del sistema de precios tasados, está subvencionando al pequeño panadero, subvención que contribuye a perpetuar unas estructuras obsoletas.

Para hablar con seriedad del problema —y esto es lo que pretendía poner de relieve—, hay que huir de todo tipo de simplificaciones. El problema es muy viejo y su solución exige un análisis y una revisión sector por sector; un análisis y una revisión que, para ser realmente útiles, tendrán que realizarse a partir de la más estricta objetividad y deberían desembocar en la elaboración pormenorizada de programas sectoriales de modernización, capaces de corregir sin brusquedades traumáticas las deficiencias estructurales que de antiguo venimos soportando.

Esta modernización viene, además, exigida por la propia Constitución, cuyo artículo 130 hace de ella uno de sus objetivos a cuyo servicio se configura un auténtico deber positivo de los poderes públicos.

## VII. UNA REFERENCIA FINAL A LA PLANIFICACIÓN

Las consideraciones precedentes llevan derechamente, a mi juicio, a un último tema cuyo sólo enunciado suele poner en guardia a los empresarios. Me refiero, claro está, a la planificación, respecto de la cual me parece importante —y con esto concluyo— formular ahora unas breves reflexiones.

La planificación, en razón de su origen, fue vista, en un primer momento, como un camino de servidumbre. Ha transcurrido ya mucho tiempo desde entonces y son muchas también las experiencias planificadoras disponibles en los países de nuestra órbita cultural e, incluso, en el nuestro para seguir pensando de la misma manera.

La planificación, en lo que tiene de diagnóstico de una situación, pronóstico de su evolución, expresión de prioridades y definición de objetivos y programa sistemático de acción en función de aquéllas y



de éstos, es ya hoy una técnica absolutamente irrenunciable de administración y gobierno. Sólo ella puede reducir a sistema la pluralidad de iniciativas y actuaciones de los miles de organismos y entidades administrativas que se mueven en el escenario económico. Sólo ella, en fin, puede asegurar la imprescindible coordinación de ese complejo y tantas veces disfuncional conjunto.

En un Estado, como es ahora el nuestro, estructurado internamente sobre una base plural, la planificación es algo más que un *desideratum*, es una estricta exigencia constitucional porque de ella depende, ni más ni menos, que el mantenimiento de la unidad de mercado, cuestión ésta absolutamente fundamental, no sólo desde el punto de vista político, sino también desde el punto de vista económico. El Estado compuesto, cuasifederal, propiciado por la Constitución vigente, la ha hecho imprescindible.

Esta sola razón hará ya indiscutible la cuestión, pero hay más todavía. El viejo *slogan* de P. Masse en relación al plan como "reductor de incertidumbres", es hoy más cierto que nunca, supuesto el contexto de crisis en el que nos movemos, que propicia las decisiones sincopadas de los administradores al compás de la cambiante coyuntura.

La definición de unos objetivos y unas prioridades claras, aunque no rígidos, es la única forma de garantizar una mínima seguridad sin la cual es imposible asumir riesgo alguno. Es también la única forma de reducir la discrecionalidad y el arbitrio que son las tentaciones permanentes del poder.

Si, además, esa definición de prioridades y objetivos se hace como debe ser y la Constitución, que tanto valora la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, exige expresamente, esto es, de forma concertada, la planificación puede y debe ser camino de libertad y, como tal, debe ser reivindicada con firmeza por todos los que aprecian la libertad de empresa como uno de los pilares básicos de la sociedad en que vivimos.