

342 24.  
C 824P  
2009.  
ej. 2.

Bc/m. 7035.

MAGDALENA  
CORREA HENAO

**LIBERTAD DE EMPRESA  
EN EL  
ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

ESTUDIO PRELIMINAR DE  
LUCIANO PAREJO ALFONSO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

## CONTENIDO

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

|  |     |
|--|-----|
| v. Estado social de Derecho e igualdad material en la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de empresa | 115 |
| A. La prevalencia de la igualdad material  | 117 |
| 1. La protección de la parte débil de las relaciones económicas  | 117 |
| 2. Igualdad material y unicidad del mercado  | 117 |
| 3. Desigualdad de trato frente a la ley como garantía de la igualdad material de las empresas                    | 119 |
| B. El Estado social de Derecho como fundamento de la proclive limitabilidad de los derechos económicos           | 120 |

CAPÍTULO TERCERO

LA ECONOMÍA DE MERCADO: O DE LA COLUMNA

|  |     |
|--|-----|
| LIBERTARIA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA  | 123 |
| I. Fundamento constitucional   | 125 |
| II. Economía de mercado como sistema económico o como modelo: apuntes sobre el debate español del orden económico de la Constitución de 1978 | 126 |
| III. La economía de mercado y el Estado social de Derecho  | 133 |
| IV. La naturaleza jurídica del mercado en la Constitución  | 140 |

CAPÍTULO CUARTO

ELEMENTOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO

|  |     |
|--|-----|
| CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA  | 143 |
| I. Los derechos propios de la economía de mercado constitucional   | 146 |
| II. El principio “pro libertate”   | 150 |
| A. El principio de libertad en la economía de mercado como límite al ejercicio del poder de intervención             | 153 |
| B. ¿Identificación de la libertad de empresa con el principio “pro libertate”?                                       | 153 |
| C. El principio “pro libertate” en materia económica: punto de partida para el análisis de la limitación del derecho | 154 |
| D. El principio “pro libertate” y la actividad económica no prohibida  | 155 |
| E. El principio “pro libertate” y la ausencia de requisitos autorizados por las leyes                                | 156 |
| III. El principio “pro igualdad”, o de la libre competencia como presupuesto de la economía libre                    | 157 |
| A. El concepto de competencia económica y sus diversas manifestaciones jurídicas                                     | 159 |
| B. La competencia económica en las constituciones española y colombiana  | 162 |
| C. El principio de libre competencia en la jurisprudencia constitucional   | 165 |

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

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

## SEGUNDA PARTE

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA O ECONÓMICA

261

## CAPÍTULO PRIMERO

## LA DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO

263

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

CAPÍTULO SEGUNDO

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

CAPÍTULO TERCERO

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

CAPÍTULO CUARTO

LOS PLANTEAMIENTOS CONVERGENTES DE LA JURISPRUDENCIA

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

TERCERA PARTE

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

CAPÍTULO PRIMERO

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

|  |     |
|--|-----|
| II. La libertad de empresa o económica ¿una libertad constitucionalmente “discreta”? de la dimensión económica del principio de libertad | 378 |
| III. La libertad económica o de empresa como un derecho autónomo: un ensamble entre atributos propios y atributos impropios              | 381 |

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TITULAR DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

|  |     |
|--|-----|
| O DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA LIBERTAD   | 387 |
| I. Nacionalidad y libertad de empresa  | 390 |
| II. Titularidad del derecho e iniciativa pública económica   | 394 |
| A. La distinción entre el ejercicio de la libre empresa por el particular y por la empresa de Derecho público  | 398 |
| B. Las personas jurídicas de Derecho público como sujetos del derecho a la libre empresa   | 403 |
| III. La noción de empresa en la Constitución: ¿del objeto al sujeto del derecho?   | 404 |
| A. La empresa como institución constitucional  | 406 |
| B. La función social positiva de la libertad de empresa  | 409 |
| C. La noción restringida de la empresa y por ende de su titular  | 412 |
| 1. La intención de lucro como criterio de definición de la empresa   | 413 |
| 2. Las empresas como personas jurídicas  | 416 |
| D. La noción funcional de la empresa como criterio para determinar que se ejerce una actividad propia de la libertad de empresa o de la libertad económica | 418 |
| 1. Actividad económica independiente   | 420 |
| 2. Actividad productiva  | 423 |
| IV. El objeto de la libre empresa y la diversidad de sectores  | 424 |
| V. Tipos constitucionales de empresas. ¿Ausencia de discriminaciones positivas?  | 426 |
| VI. Concepto amplio de empresa, titularidad del derecho y economía de mercado actual   | 431 |

CAPÍTULO TERCERO

|   |     |
|---|-----|
| LOS ATRIBUTOS PROPIOS   | 433 |
| I. El mercado y los atributos propios de la libertad de empresa o económica                     | 435 |
| II. Libertad de acceso al mercado   | 437 |
| A. Contenido jurídico del atributo  | 439 |
| B. Libertad de fijación de establecimiento o libertad de instalación                            | 440 |
| C. La fijación de horarios y en particular los horarios comerciales                             | 442 |
| D. La fijación de horarios comerciales no hace parte de la libertad de empresa. El caso español | 443 |

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

## CAPÍTULO CUARTO

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

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

|   |     |
|---|-----|
| A. Libertad para la definición de las finalidades y objetivos empresariales   | 489 |
| B. La libertad de organización  | 490 |
| III. Libertad de dirección  | 495 |
| A. La gestión de los trabajadores   | 498 |
| 1. La ordenación constitucional de la relación empresario-trabajador y la praxis desde la jurisprudencia de los tribunales constitucionales | 498 |
| 2. El poder de subordinación y las demás expresiones del ejercicio de la libertad de empresa en materia laboral                             | 502 |
| 3. Definición de las condiciones generales del desempeño laboral  | 504 |
| 4. El “ius variandi”  | 506 |
| 5. Remuneraciones laborales, libertad de asociación sindical y libertad de empresa  | 510 |
| 6. Autonomía del empresario en la selección de sus trabajadores y libertad sindical   | 512 |
| 7. Autogestión de la empresa y derecho de huelga  | 515 |
| B. Poder de control sobre los trabajadores  | 516 |
| 1. Poder disciplinario y libertad de expresión del trabajador   | 517 |
| 2. Poder de control, el derecho a la intimidad y la regla de la prevalencia   | 520 |
| 3. Poder disciplinario y calificación de las conductas sancionables   | 523 |

CAPÍTULO QUINTO

|  |     |
|--|-----|
| LOS ATRIBUTOS IMPROPIOS  | 527 |
| I. La libertad de empresa y el derecho a la libre elección de profesión u oficio | 531 |
| II. La libertad de empresa y el derecho de asociación                            | 538 |
| A. Libertad de empresa, derecho de asociación y colegios profesionales           | 543 |
| III. El derecho de propiedad y la libertad de empresa                            | 545 |
| IV. Libertad de residencia y circulación, libertad de circulación de mercancías  | 551 |
| V. La libertad de expresión y la libre empresa: el “link” de la publicidad       | 554 |

CAPÍTULO SEXTO

|  |     |
|--|-----|
| LA LIBRE COMPETENCIA   | 563 |
| I. Autonomía, libertad de empresa y libre competencia  | 565 |
| II. De la expresión procesal de la libertad económica a la libertad como oportunidad                               | 566 |
| III. La libre competencia como “status positivus” o como protección positiva de la libertad económica o de empresa | 568 |

|  |     |
|--|-----|
| IV. La libre competencia en la estructura de la libertad de empresa o económica  | 569 |
| A. El contenido de la protección positiva o de la tipología de las obligaciones del Estado   | 570 |
| B. La protección objetiva y subjetiva del derecho  | 573 |
| V. La libre competencia como un derecho de todos. El caso colombiano   | 573 |
| VI. Las obligaciones concretas del Estado frente a la libre competencia. Continuación del caso colombiano  | 577 |
| A. La obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica  | 577 |
| B. Obligaciones frente al abuso de la posición dominante en el mercado nacional  | 578 |
| C. La acción positiva “in favor competitionis æconomicæ” del Estado social: una interpretación de la noción de “competitividad” en la definición jurídico-constitucional de la libre competencia | 581 |
| D. La competencia en el uso del espectro electromagnético. ¿Una excepción a la regla?  | 584 |
| VII. La libre competencia en el derecho a la libertad de empresa. El caso español  | 587 |
| A. La defensa de la competencia en el Estado autonómico  | 587 |
| B. La libre competencia en la estructura del derecho a la libertad de empresa  | 593 |
| C. La libre competencia en la libertad de empresa y el derecho comunitario   | 595 |
| VIII. Las posiciones jurídicas de libertad provenientes de la libre competencia, o de las expresiones jurídicas de la competencia libre como libertad “processualis”                             | 596 |

CUARTA PARTE

|  |     |
|--|-----|
| LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL | 601 |
|--|-----|

CAPÍTULO PRIMERO

|  |     |
|--|-----|
| LA LIMITACIÓN DEL DERECHO COMO DISCURSO CONSTITUCIONAL   | 603 |
| I. La definición de los límites desde la Constitución  | 605 |
| A. La norma constitucional declarativa del derecho y los límites constitucionales                                    | 606 |
| B. Otras normas constitucionales de limitación   | 608 |
| II. La doctrina científica española frente a las limitaciones del derecho  | 611 |
| III. Algunos elementos de la teoría de la limitación de los derechos fundamentales aplicada a la libertad de empresa | 614 |
| A. La procedencia de los límites de la libertad  | 614 |
| 1. La teoría interna de los límites  | 614 |
| 2. La teoría externa de los límites  | 618 |

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

CAPÍTULO SEGUNDO

|   |     |
|---|-----|
| LA LEY COMO FUENTE LEGÍTIMA DE LIMITACIÓN                         | 659 |
| I. La ley como fuente legítima de limitación. Pero, ¿sólo la ley? | 661 |

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

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

## CAPÍTULO CUARTO

## EL CRITERIO DE LAS FINALIDADES LEGÍTIMAS

## COMO FINALIDADES CONSTITUCIONALES

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

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