

Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria

Manuel Aznar López

SUMARIO: 1. PREFACIO.—2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—3. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.—4. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN.—5. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—6. EL DERECHO DE FUNDACIÓN.—7. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.—8. LA LIBERTAD DE EMPRESA.—9. A TÍTULO CONCLUSIVO.

1. PREFACIO

A la hora de escoger, dentro del extenso campo de la iniciativa social, una parcela para llevar a cabo su análisis, me ha parecido que quizá podría ser de interés examinar un aspecto que, a pesar de ser básico desde la perspectiva jurídica, no ha sido objeto —así me lo parece— de una especial dedicación en el ámbito doctrinal, como son sus fundamentos constitucionales. Me propongo aquí, en consecuencia, realizar algunas consideraciones acerca de cuales son los basamentos que sustentan, desde la perspectiva de nuestra Constitución de 1978, la iniciativa social —o, si se prefiere— la acción voluntaria formalizada, a cuyo efecto tomaré como referencia un trabajo mío anterior sobre este mismo asunto, publicado en 1991¹.

Adelanto que sostendré e intentaré demostrar una tesis consistente en que los fundamentos constitucionales de la iniciativa lucrativa y de la no lucrativa —o, en otros términos, de la iniciativa mercantil y de la social— son en gran parte coincidentes.

¹ M. AZNAR LÓPEZ: «Acción voluntaria: Fundamentos constitucionales y relaciones con los sectores público y privado lucrativos», en *Coordinación de la Acción Voluntaria*. Madrid, Acebo, 1991, pp. 41-54.

Realizadas estas advertencias preliminares, analizaré los distintos criterios que se han propuesto a la hora de determinar el fundamento constitucional de la iniciativa social, para señalar los que no me parece posible compartir y los que, por el contrario, estimo pertinentes.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el informe sobre la 21ª Conferencia Internacional de Acción Social, celebrada en Brighton en el año 1982, se sostiene que el fundamento de la acción voluntaria es la libertad de expresión².

Esta concepción responde a una interpretación muy amplia de la mencionada libertad, que parece seguir algún tratadista francés, al referirse a las libertades de expresión colectiva (*libertés de l'expression collective*), en las que engloba las libertades de reunión y de asociación, mientras que, conforme a este criterio taxonómico, la libertad de opinión y el derecho a la información quedarían incluidos en las libertades del espíritu (*libertés de l'esprit*)³.

Un criterio extenso de la libertad de expresión parece también ser mantenido por algún autor anglosajón, para el cual esta libertad estaría integrada por un conjunto de derechos: a formarse y poseer las propias creencias, a comunicarlas por cualquier medio, de audiencia e investigación, de acceso a la información, de reunión y de asociación⁴.

Desde este concepto extensivo, se ha opinado también que la libertad de expresión es un derecho político que «es *compendio indiscutible de todos los demás de su tipo*»⁵.

Esta noción amplia de la libertad de expresión no parece, empero, sostenible a la luz del artículo 20 de la Constitución española, interpretada conforme a las pautas hermenéuticas que proporcionan los instrumentos internacionales en la materia.

En efecto, a la hora de realizar la interpretación de la libertad de expresión es necesario acudir, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestro texto constitucional, a la Declaración Universal de Derechos Hu-

² Ver D. SCOTT: «Rapport mondial», en *L'action pour le progrès social. Le rôle des organismes publics et privés. Rapport de la 21^{ème} Conférence Internationale de l'Action Sociale*. Brighton, 29 août-4 septembre, 1982, p. 5.

³ J. ROBERT: *Libertés publiques et droits de l'homme*, 4 ed. Paris, Montchrestien, 1988, pp. 387 y 567.

⁴ Ésta sería la opinión de T. I. EMERSON, reflejada en sus obras *Toward a General Theory of the First Amendment* y *The System of Freedom of Expression*,³ publicadas respectivamente en 1966 y 1970 (Cf. S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ: *La libertad de expresión*. Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 30-31; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón», en *Revista de Administración Pública* n° 127, 1992, p. 61).

⁵ R. GARCÍA COTARELO: *Del Estado de bienestar al Estado de malestar (La crisis del Estado Social y el problema de la legitimidad)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 71.

manos y los tratados ratificados por España en las mismas materias. De este modo, la Declaración, en su artículo 19, señala lo siguiente:

«Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18, después de manifestar que *«nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones»*, indica que:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

En términos muy similares, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, en su artículo 13, el derecho del niño a la libertad de expresión.

En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 10) se reconoce asimismo la libertad de expresión con el siguiente tenor literal:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

El examen de otras Constituciones confirma el significado con el que la Constitución española reconoce la libertad de expresión. Así, la Constitución portuguesa, en su artículo 37.1, establece que:

«todos tendrán derecho a expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, la imagen o cualquier otro medio, así como el derecho de informarse, sin impedimento ni discriminaciones».

Por su parte, la Constitución italiana (artículo 21, párrafo primero) señala que:

«todos tienen el derecho de manifestar libremente su propio pensamiento de palabra, por escrito o mediante cualquier otro medio de difusión».

En cuanto a la Constitución alemana, en su artículo 5.1 se pronuncia en los siguientes términos:

«Todos tienen derecho a expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y a informarse sin trabas en

fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No hay censura».

La delimitación del contenido y significado de la libertad de expresión ha sido realizada por el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos. Así, el Tribunal ha podido señalar que dicha libertad:

«...básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación...En cuanto al derecho de los ciudadanos se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el precepto reconoce, es decir, expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción» (STC 12/1982, de 31 de marzo, fundamento jurídico tercero).

El Tribunal Constitucional ha precisado que el objeto de la libertad reconocida en el artículo 20 de la Constitución es la expresión de:

«pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y juicios de valor» (SSTC 6/1988, de 21 de enero, fundamento jurídico quinto; y 107/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico segundo).

Por su parte, la doctrina ha dejado claramente establecido que la libertad de expresión pertenece a los terrenos de la opinión y de la información. Esta doble esfera se refleja en la siguiente noción: «Lo que comúnmente se conoce por libertad de expresión está compuesta por dos grandes derechos fundamentales, el derecho a la libertad de opinión y el derecho a la libertad de información»⁶.

De esta manera, se ha definido la libertad de expresión como el «derecho de comunicar libremente, bien de manera directa, bien a través de un medio cualquiera de difusión, las ideas, opiniones y noticias»⁷.

En el mismo sentido, se ha indicado que la libertad de expresión es el «derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento»⁸ y, abundando en la misma idea, se ha sostenido que la repetida libertad consiste en el «derecho de todo ciudadano a comunicar, particular o públicamente, sus ideas o juicios»⁹.

⁶ F. DE CARRERAS: «La libertad de expresión: un derecho constitucional», en *Anuario 1990. Libertad de expresión*. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, p. 29.

⁷ F. J. ANSUATEGUI ROIG: «Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión», en *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, 1990, p. 9.

⁸ J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 32, 1991, p. 73.

⁹ J. FERNÁNDEZ VEGA y J. MARISCAL DE GANTE y MIRÓN: *Diccionario de la Constitución*. Barcelona, Planeta, 1983, p. 229.

En la misma línea, se ha definido la libertad de expresión como «*el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico*»¹⁰ e, insistiendo en esta noción, se ha significado que «*el concepto de libertad de expresión engloba y es originario de la libertad de pensamiento...y libertad ideológica*»¹¹.

Y, por último, al delimitar el contenido esencial de la libertad de expresión, se ha señalado que el mismo «*consiste en poder buscar e investigar, recibir y difundir...ideas e informaciones por cualquier medio de comunicación (escrito, oral impreso, audiovisual o de carácter artístico, literario, científico o técnico o cualquier otro)*»¹².

En resumen, no creo que pueda sostenerse que la libertad de expresión constituye el fundamento de la iniciativa sin fin de lucro, todo ello a la luz de los datos que aporta la Constitución española, interpretada conforme a la Declaración de Derechos Humanos y los instrumentos ratificados por España en esta materia, y teniendo en cuenta los preceptos análogos de otras Constituciones, la exégesis del Tribunal Constitucional y el criterio de la doctrina española. Añadiré que el criterio taxonómico antes mencionado, procedente de la doctrina francesa, tampoco me parece útil, ya que carece de un contenido jurídico-positivo. Por el contrario, como ya se ha señalado, la libertad de expresión que el artículo 20 de la Constitución española reconoce equivaldría a la libertad de opinión y al derecho a la información que, conforme al mencionado criterio clasificatorio, se incluirían entre «*les libertés de l'esprit*».

3. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Acaso una vía para encontrar en la libertad de expresión el fundamento constitucional de la iniciativa social pudiera ser el considerar aquella en el sentido del libre desarrollo de la personalidad. A este respecto, debe recordarse que el artículo 10.1 de la Constitución española incluye el libre desarrollo de la personalidad entre los fundamentos del orden político y de la paz social.

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión sería contemplada como un medio para conseguir la realización personal. Se ha manifestado, en este sentido, que el fin de toda persona es la realización de sus potencias como ser humano, de modo y manera que la supresión de las creencias, de las opi-

¹⁰ M. SAAVEDRA LÓPEZ: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*. Barcelona, Ariel, 1987, p. 18.

¹¹ A. AGUILERA FERNÁNDEZ: *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*. Granada, Comares, 1990, p. 7.

¹² F. DE CARRERAS: *ob. cit.*, pp. 29-30.

niones o de cualquier forma de expresarse es una afrenta a la dignidad y una negación de la naturaleza humana ¹³.

Este concepto, empero, no parece de utilidad, por cuanto el libre desarrollo de la personalidad no puede categorizarse como derecho fundamental, desde el momento en que no tiene otro alcance que un postulado, premisa, valor o principio, que va modulándose en cada uno de los derechos y libertades, tal y como ha sido especificado por la doctrina, al analizar el mentado artículo 10.1 de la Constitución española ¹⁴.

4. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

De entre las diversas formas de participación interesa ahora traer a colación la que ha sido denominada «*participación cooperativa*», a través de la cual «*el ciudadano, sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su acción privada la línea marcada por la Administración creando asociaciones o fundaciones de interés público o interés general mediante las cuales coadyuva con la administración en la realización de una determinada actividad o servicio prestacional*» ¹⁵.

Desde la perspectiva constitucional, el derecho de participación, que reconoce el artículo 23 de la Constitución española, ha sido objeto de interpretaciones doctrinales amplias. Así, se ha indicado que el citado precepto «*no puede reducirse al campo de la participación política*», añadiéndose que tal interpretación sería «*redundante (art. 6) e incongruente (las expresiones “asuntos públicos” y “directamente” apuntan a la amplitud de la participación)*» y poniéndose de relieve que «*su amplia fórmula hay que entenderla en concordancia con el artículo 9.2*» ¹⁶.

Asimismo, se ha hecho alusión a otras interpretaciones amplias, como es la que consideraría al artículo 23.1 como «*la concreción a nivel de derecho subjetivo del principio participativo que en el artículo 9.2 se consagra como uno de los fines por excelencia de los poderes públicos*», de forma que el derecho se proyectaría sobre las áreas de carácter político, económico, cultural y social en las que cada persona desenvuelve su actividad. Sin embargo, esta interpretación acaba siendo desechada, al entenderse más acomodada a la lógica

¹³ T. I. EMERSON: *The System of Freedom of Expression*. New York, Random House, 1970, p. 6. Citado por S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ: *La libertad de expresión...*, cit., p. 31.

¹⁴ Ver, entre otros, F. GARRIDO FALLA: «Artículo 10», en *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 1985, p. 186; J. RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS (en colaboración con I. RUIZ-JIMÉNEZ ARRIETA): «Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II. Madrid, Cortes Generales-Edersa, 1996, p. 74.

¹⁵ J. L. BELTRÁN AGUIRRE: *El régimen jurídico de la Acción Social pública*. Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1992, p. 153

¹⁶ A. PÉREZ MORENO: «Crisis de la participación administrativa», en *Revista de Administración Pública* n.º 119, 1989, p. 107.

jurídica una interpretación más restringida del precepto, según la cual *«la participación, como expresión de la filosofía participativa inmanente a la idea democrática, encuentra su acomodo en el artículo 9.2 como norma habilitadora para que los poderes amplíen los cauces participativos en las áreas allí mencionadas, en tanto que el precepto aquí comentado, contiene tan sólo un 'ius agendi', un derecho a actualizar la participación en los asuntos públicos, entendidos éstos como actos investidos de funciones públicas»*¹⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional sigue un concepto estricto respecto del derecho de participación recogido en el artículo 23, al sostener que:

«Se trata del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español... Por ello, no se trata, como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado...» (STC 51/1984, de 25 de abril, fundamento jurídico segundo).

En algún pronunciamiento posterior, el Tribunal Constitucional ha desarrollado con mayor extensión el criterio reseñado, indicando al efecto que:

«La expresión 'asuntos públicos' resulta aparentemente vaga y, a primera vista, podría llevar a una interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés trascienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales. El artículo 23.1 garantiza un derecho de participación que... apunta, sin ningún género de dudas, a la representación política, con exclusión de otras posibles representaciones... Así lo viene entendiendo de forma constante y uniforme este Tribunal... Esta conclusión es, por otra parte, la que se impone cuando el artículo 23 de la Constitución española se interpreta -tal y como exige el artículo 10.2 de la misma Norma fundamental- de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España» (STC 119/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico segundo).

¹⁷ L. AGUIAR DE LUQUE y M. SÁNCHEZ MORÓN: «Artículo 23. Derecho de participación», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, tomo II. Madrid, Edersa, 1984, pp. 659-660.

Más adelante, también en esta misma sentencia, el Tribunal vuelve a ratificar que:

«Fuera del artículo 23 de la Constitución española quedan cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en el ordenamiento, pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental. Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del artículo 23 de la Constitución española es necesario que se trate de una participación política..., quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo» (STC 119/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico tercero).

Y siguiendo esta línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional añade que:

«...este entendimiento de la participación a que se refiere el artículo 23.1 de la Constitución española no agota las manifestaciones del fenómeno participativo...De hecho, el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones. En unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos: así, el artículo 9.2 de la Constitución española contiene un mandato a los poderes públicos para que 'faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social'...En otros casos, el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien ex Constitutione, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador" (STC 119/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico cuarto).

Por todo ello, el Tribunal Constitucional concluye su razonamiento aseverando que:

«...el hecho de que el artículo 23.1 de la Constitución española garantice un derecho cuyo ejercicio requiere la intervención del legislador no puede significar, obviamente, que cualquier forma de participación en asuntos de interés social, económico, profesional, etcétera, prevista en la Ley pase a integrarse en el ámbito constitucionalmente protegido por el mencionado precepto. La forma de razonar debe ser más bien la contraria: sólo cuando estamos en el ámbito de la participación política a que se refiere el artículo 23.1 de la Constitución española la violación de una concreta forma de participación legalmente prevista puede traducirse en una violación del derecho fundamental" (STC 119/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico quinto).

Esta doctrina se reitera en otras sentencias (vgr., *SSTC 189/1993, de 14 de junio, fundamento jurídico quinto; y 212/1993, de 28 de junio, fundamento jurídico cuarto*).

A la vista de la limitada operatividad del artículo 23.1, acaso podría dar un mayor juego, por su mayor amplitud, la mención recogida en el artículo 9.2 de la Constitución, que, más allá del ámbito político, proyecta también la participación sobre la vida económica, cultural y social («*Corresponde a los poderes públicos...facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural*») ¹⁸. La lectura del precepto revela, no obstante, que se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos ¹⁹, por lo que difícilmente podría considerarse como el basamento de la iniciativa privada no lucrativa.

De otra parte, cuando la doctrina se refiere a la participación lo hace en referencia a la representación en órganos de decisión, con lo que el concepto no parece cuadrar con el objeto que ahora examinamos, consistente en la acción voluntaria. Aparte de ello, se ha de hacer notar la posición de subordinación que la mentada concepción de la «*participación cooperativa*» representaría para las iniciativas de los particulares, al relegarlas a una mera posición de coadyuvantes de la acción administrativa, lo que parece difícilmente conciliable con la libertad y la autonomía de la voluntad que ha de predicarse para la iniciativa social.

5. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En el informe antes referido sobre la 21ª Conferencia Internacional de Acción Social se cita también el principio de subsidiariedad como base de la acción voluntaria ²⁰.

En relación con ello, debe significarse que esta tesis no parece que pueda acomodarse al ordenamiento constitucional español. En efecto, es mayoritaria la opinión según la cual nuestra Constitución no acoge el referido principio. En tal sentido, se ha señalado que «*la actividad económica pública*

¹⁸ Este mandato enlazaría, a decir de la doctrina, con el resto del precepto, por cuanto mediante la activa participación de todos los ciudadanos en los ámbitos señalados, los objetivos de libertad e igualdad real y efectiva y la consecuente plenitud individual y de grupo, encontrarán el medio más adecuado para su consecución, consistente en la implicación de los afectados en la remoción de los obstáculos que condicionan las situaciones insatisfactorias que les pueden afectar (cf. A. SÁNCHEZ BLANCO: «La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho», en *Revista de Administración Pública* n° 119, 1989, p. 136).

¹⁹ La doctrina ha expresado, en efecto, que se trata de una norma programática, cuyo destinatario es cada uno de los órganos o poderes públicos (cf. M. SÁNCHEZ MORÓN: «El principio de participación en la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública* n° 89, 1979, pp. 188-189).

²⁰ D. SCOTT: *ob. cit.*, p. 6.

se halla en posición de igualdad con la actividad privada, como dato y factor normal del sistema económico y del aparato productivo»²¹.

En el mismo sentido, se ha indicado que la Constitución española contempla «un sistema económico mixto, en pie de igualdad la iniciativa pública con la privada»²². Igualmente, tras recordarse que en la tramitación del proyecto de Constitución se formuló un voto particular que proponía el reconocimiento de la subsidiariedad de la iniciativa pública, siendo el mismo rechazado, con lo que quedaba esclarecida la *voluntas legislatoris*, se reitera que una interpretación sistemática del artículo 38 de la Constitución permite concluir que se «define el modelo económico como un sistema de economía de mercado, en el cual las empresas —públicas o privadas— concurren al mismo en igualdad de condiciones»²³.

Asimismo, se ha insistido en esta misma opinión, al indicarse que «nuestra Constitución consagra el principio de complementariedad, de coiniciativa, entre el sector privado y sector público»²⁴.

Desde esta perspectiva, ha podido hacerse notar la diferencia con la situación preconstitucional, basada en el principio de subsidiariedad, ya que «al reconocer la iniciativa pública en la actividad económica sin más condicionamientos, lo que la Constitución está haciendo es romper, erradicar del ordenamiento jurídico el principio de subsidiariedad, que en las leyes fundamentales anteriores presidía la actuación de la empresa pública...»²⁵.

En esta misma línea, se ha resaltado que «el apartado 2 del artículo 128 del texto constitucional coloca en el mismo rango a la iniciativa pública que a la privada, a diferencia del orden político anterior, donde predominaba el principio de subsidiariedad de aquélla respecto a ésta»²⁶.

La doctrina deja, por tanto, claramente establecido que «desaparece así el famoso 'principio de subsidiariedad', consistente en mantener que el Estado o los poderes públicos sólo actúan en aquellos sectores en donde no puede actuar la iniciativa privada»²⁷.

²¹ M. MORISI: «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una constitución de la crisis», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., reimp. Madrid, Civitas 1981, p. 389.

²² L. M. CAZORLA PRIETO: «Artículo 38», en *Comentarios a la Constitución...*, cit., p. 750.

²³ E. SERRA REXACH: «La empresa pública en la Constitución», en *Empresa pública española*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 107.

²⁴ J. M. GIMENO FELIÚ: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», en *Revista Española de Administración Pública* n° 135, 1994, p. 162.

²⁵ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Reflexiones sobre la empresa pública española», en *Empresa pública española ...*, cit., pp. 56-57.

²⁶ L. M. CAZORLA PRIETO: «Artículo 128», en *Comentarios a la Constitución...*, cit., p. 1886.

²⁷ J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA (con la colaboración de J. GARCÍA MORILLO y P. PÉREZ TREMPES): *El régimen constitucional español*, tomo I. Barcelona, Labor, 1983, p. 339.

Se sostiene, por tanto, como conclusión de todo ello que *«parece ...inequívoca la desaparición del principio de subsidiariedad a la luz de la nueva Constitución española»*²⁸ y, en esta misma línea, se insiste en que *«el principio de subsidiariedad que campeaba en el anterior régimen político ha desaparecido»*²⁹.

En resumen, el criterio doctrinal consiste en considerar que *«en la Constitución española se ha recogido el principio de coiniiciativa económica...Finaliza así la primacía de la empresa privada: La empresa pública y la empresa privada se colocan en plano de igualdad...Del principio de subsidiariedad de la acción pública, recogido en distintas Leyes Fundamentales del sistema precedente, por la fuerza modélica que en el derecho español tuvo la 'Carta del Lavoro', se ha pasado al principio de coiniiciativa económica, por cuya virtud la iniciativa pública en la actividad económica no necesita justificarse por la ausencia o por la deficiencia de la iniciativa privada»*³⁰.

Algún autor ha salido, sin embargo, al paso de la tesis de la sustitución del principio de subsidiariedad por el de complementariedad o de coiniiciativa económica, considerando que se apoya más en la letra del texto constitucional que en su espíritu y en los principios inspiradores. No obstante, se reconoce que el *«principal motivo de desacuerdo no es de inconstitucionalidad, sino sobre todo de inconveniencia y buen orden económico»*³¹.

Sin embargo, el criterio de la desaparición del principio de subsidiariedad ha sido acogido por el Tribunal Supremo, el cual se ha pronunciado en el sentido de que:

«El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada; pero el artículo 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica;...con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional» (STS de 10-10-1989, fundamento de Derecho segundo).

²⁸ E. SERRA REXACH: *ob. cit.*, p. 107.

²⁹ J. M. MARTÍNEZ VAL: «Artículo 38. Libertad de empresa», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978...*, cit., tomo III, p. 666.

³⁰ A. ROJO: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», en *Revista de Derecho Mercantil* n° 169-170, 1983, pp. 318-319.

³¹ G. ARIÑO ORTIZ: «Artículo 128. Iniciativa pública y reservas al sector público», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978...*, cit., tomo X, pp. 30-31.

6. EL DERECHO DE FUNDACIÓN

La consideración del derecho de fundación, que reconoce el artículo 34 de la Constitución española, como fundamento de la iniciativa privada no lucrativa, no parece ofrecer dudas. La ausencia de ánimo de lucro es consustancial a la fundación. De este modo, las fundaciones han sido consideradas como «conjuntos de bienes destinados a fines en esencia no lucrativos»³². Por imperativo constitucional, la fundación debe dirigirse hacia el interés general, debiendo precisamente entenderse por tal «aquellos que trasciendan del interés particular del fundador, interpretado éste en el sentido de que no sean fines egoístas y no reviertan los beneficios de la fundación exclusivamente en provecho del fundador»³³. La fundación supone, por tanto, «la eliminación en todo caso del ánimo de lucro, lo que no quiere decir eliminación de la idea de beneficio, sino de su reparto entre Fundadores, Patronos o terceros ajenos al círculo de beneficiarios naturales de la Fundación»³⁴.

Esta carencia de ánimo lucrativo se ha reflejado *expressis verbis* en el concepto que se recoge en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre:

«Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»

Al analizarse esta definición legal de la fundación, se ha puesto de relieve el defecto de redacción que representa hablar de «organizaciones constituidas sin ánimo de lucro», cuando la ausencia de fin lucrativo no es únicamente un requisito en el momento de constituir la fundación, sino durante toda su existencia³⁵. Esta opinión ha sido criticada, al indicarse que «la ley no define a las fundaciones como entidades sin ánimo de lucro, sino que prohíbe que el negocio jurídico fundacional se lleve a cabo con la finalidad de que el fundador obtenga un beneficio»³⁶. El debate puede ser sumamente equívoco, pues habría de determinarse lo que se entiende por carencia de ánimo de lucro. En tal sentido, la ausencia de ánimo lucrativo no ha de entenderse en sentido objetivo, puesto que la fundación puede obtener beneficios, sino en sentido subjetivo. Por tanto, es perfectamente posible hablar de

³² J. L. PIÑAR MAÑAS: «Las fundaciones y la Constitución española», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II. Madrid, Civitas, 1991, p. 1306.

³³ J. M. DE PRADA: «Una futura Ley de Fundaciones», en *Actualidad Civil (I)* n° 33, 1989, p. 2620.

³⁴ J. F. BLANCO RUIZ: «Las fundaciones: tipología y normativa», en *Cuadernos de Acción Social* n° 4, 1987, p. 16.

³⁵ J. L. PIÑAR MAÑAS: «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*. Madrid, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, 1995, pp. 10-11.

³⁶ J. GARCÍA -ANDRADE: *La fundación: un estudio jurídico*. Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997, p. 33.

que la fundación, desde el momento del negocio fundacional y a lo largo de su existencia, puede, a la vez, obtener beneficios y carecer de ánimo de lucro, por no existir contradicción entre uno y otro aspecto, al aludir respectivamente a las vertientes objetiva y subjetiva.

La exclusión del ánimo lucrativo no impedirá, por tanto, que la fundación obtenga ganancias, que habrán de revertir en el fin fundacional, quedando, en cambio, vedado el reparto de los beneficios obtenidos³⁷.

Este ínsito carácter desinteresado de la fundación queda también expresamente reflejado en la definición que de la misma recoge la legislación francesa:

*«L'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif»*³⁸.

7. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Al igual que acaecía respecto del derecho de fundación, tampoco parece ofrecer dudas el fundamento de la iniciativa privada sin fin de lucro en el derecho de asociación, que reconoce el artículo 22 de nuestro texto constitucional. El ánimo no lucrativo es, en efecto, nota esencial de la asociación, según una noción estricta de la misma, en el bien entendido de que se trata de la ausencia de lucro subjetivo, es decir, de reparto de los beneficios entre los asociados, y no de lucro objetivo que revierta en el fin social³⁹. Esta ausencia de lucro subjetivo en un caso frente a su existencia en el otro es lo que distinguiría, conforme a la referida noción, a la asociación y a la sociedad⁴⁰.

³⁷ M. AZNAR LÓPEZ y L. BENITO RUIZ: «La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: protección y promoción por el Estado», en *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*. Madrid, La Ley, 1991, p. 165.

³⁸ Traducción: «Acto por el cual una o varias personas físicas o jurídicas deciden la afectación irrevocable de bienes, derechos o recursos a la realización de una obra de interés general y con fin no lucrativo» (art. 18 de la Ley 87-571, de 23-7-1987).

³⁹ Ver, entre otros, C. LASARTE ÁLVAREZ: «Asociación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I. Madrid, Civitas, 1995, pp. 617-618; M. J. MONFORT FERRERO y A. SERRA RODRÍGUEZ: «El panorama normativo de las asociaciones en España», en *Revista General de Derecho* n° 627, 1996, p. 12819; B. PELLISÉ PRATS: «Asociación», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo III. Barcelona, Francisco Seix, 1978, pp. 69-71.

⁴⁰ Ver, entre otros, M. AZNAR LÓPEZ: «Las asociaciones», en *El sector no lucrativo en España*. Madrid, Escuela Libre Editorial, 1993, p. 89; M. AZNAR LÓPEZ y L. BENITO RUIZ: *ob. cit.*, pp. 176-177; J. L. BELTRÁN AGUIRRE: *ob. cit.*, p. 361; B. PELLISÉ PRATS: *ob. cit.*, pp. 73-74; S. DE SALAS MURILLO: «Notas sobre el nuevo régimen de las asociaciones de utilidad pública», en *Derecho Privado y Constitución* n° 9, 1996, pp. 112-113.

Es éste, por tanto, un criterio similar al sustentado por la doctrina francesa ⁴¹, al analizar el acrisolado concepto de asociación que se recoge en la legislación gala:

«La convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices» ⁴².

Ahora bien, si esto es, efectivamente, así desde un concepto estricto de asociación, se ha planteado si el artículo 22 de la Constitución española afecta también a las sociedades. Se trata, por tanto, de determinar si, desde una noción amplia, el derecho de asociación que reconoce el referido precepto constitucional resulta aplicable tanto a las asociaciones *stricto sensu*, como a las sociedades.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno a esta cuestión de un modo elusivo, aunque no parece rechazar totalmente la tesis consistente en considerar que el artículo 22 de la Constitución ofrece también cobertura a las sociedades mercantiles. En efecto, el Tribunal ha señalado a este respecto lo siguiente:

«...el razonamiento de la recurrente parte de una premisa que hay que considerar con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión, y que consiste en afirmar que el término 'asociación' usado en el citado artículo 22 comprende tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, es decir, las sociedades, y, entre ellas, las anónimas. Podría parecer, a primera vista, que nada se opone a esta interpretación, porque si bien es cierto que con nuestra terminología habitual el término 'asociación' designa las uniones de personas con fines no lucrativos, también lo es que un concepto amplio de asociación se encuentra en el Código Civil (arts. 35.2 y 36) al referirse a la 'asociación de interés particular', sean civiles, mercantiles o industriales. En el mismo sentido cabe aducir que en otros ordenamientos se ha reconocido esa extensión, incluso con un texto constitucional análogo al nuestro. Así, en Italia, la doctrina dominante considera el artículo 18 de su Constitución (análogo al 22 nuestro) aplicable a las sociedades mercantiles. En la República Federal Alemana, en su Ley Fundamental, se reconoce el derecho de formar 'asociaciones y sociedades' (artículo 9.1), y tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional Fede-

⁴¹ Ver, entre otros, C. A. COLLIARD: *Libertés publiques*, 6ª ed. Paris, Dalloz, 1982, p. 744; J. M. GARRIGOU-LAGRANGE: *Asociaciones y poderes públicos* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974, pp. 35-38; J. RIVERO: *Les libertés publiques, tome 2. Le régime des principales libertés*, 3ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 377-378; J. ROBERT: *ob. cit.*, pp. 587-588; P. WACHSMANN: *Libertés publiques* Paris, Dalloz, 1996, p. 445.

⁴² Traducción: «El acuerdo por el cual dos o más personas ponen en común, de una forma permanente, sus conocimientos o sus actividades con una finalidad distinta que la de repartir beneficios» (art. 1 de la Ley de 1-7-1901).

ral han considerado en diversos aspectos las sociedades mercantiles cubiertas por ese precepto de la Ley Fundamental.

Sin embargo, y aun si se admitiese esa apertura de fines del derecho fundamental de asociación, éste sólo podría invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de dicho derecho. Pero en las sociedades mercantiles y, en particular en las sociedades de capitales, cuya forma más característica es la sociedad anónima, predomina frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales, por lo que, sin excluir la posibilidad de que en determinados casos pueda producirse una lesión del derecho de asociación respecto de este tipo de sociedades, es necesario plantear en cada supuesto si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa o bien tiene un carácter preferentemente económico» (STC 23/1987, de 23 de febrero, fundamento jurídico sexto).

Así pues, el Tribunal Constitucional, en esta sentencia, se pronuncia en el sentido de que si bien el concepto usual y estricto de asociación se reserva a las entidades sin fin de lucro, desde una noción amplia del término no cabe excluir que, en ciertos casos, pueda existir una lesión del derecho de asociación respecto de las sociedades mercantiles, no rechazando así la posible aplicación del artículo 22 de la Constitución española a este tipo de entes, de modo que el precepto ofrecería, desde esta perspectiva, una cobertura común a la iniciativa lucrativa y a la que no persigue lucro en su actuación.

Esta posibilidad ha sido acogida por una parte de la doctrina, al mantener que «el derecho de asociación que la Constitución española reconoce en su artículo 22 comprende las más diversas formas jurídicas de asociarse los hombres, ya que su reconocimiento no tiene otro lugar en la Constitución más que éste». En tal sentido, se considera que entender comprendido el mentado reconocimiento en la libertad de empresa del artículo 38 sería mucho más indirecto. Esta posición doctrinal pone de relieve además, desde este punto de vista, la ausencia de razones que avalen la necesidad de legitimación constitucional para asociarse con un fin no lucrativo y la innecesariedad de dicha legitimación cuando la asociación se lleve a cabo para fines lucrativos, aparte de considerar que el artículo 35 del Código Civil, al denominar a ambas entidades como asociaciones, sigue un criterio correcto. En congruencia con ello, las asociaciones *stricto sensu* y las sociedades serían dos especies de asociaciones, en el sentido genérico del término⁴³, opinión que parece corroborar el Tribunal Constitucional, cuando, pese a poner el acento “en las notorias diferencias existentes entre las sociedades civiles o mercantiles... de aquellas otras asociaciones... que persiguen fines extra commercium”, expresa

⁴³ L. AGUIAR DE LUQUE: «Artículo 22. Derecho de asociación», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978...*, cit., tomo II, p. 621.

que *“la sociedad civil o las asociaciones de interés particular a que se refieren los artículos 35.2 y 36 del Código Civil son una modalidad asociativa”* (STC 5/1996, de 16 de enero, fundamento jurídico noveno).

La cuestión, empero, dista de ser pacífica, pues, frente a esta tesis, se mantiene que las sociedades civiles y mercantiles, por su carácter esencialmente lucrativo, caen fuera del artículo 22 del texto constitucional ⁴⁴.

Asimismo, se hace hincapié en que *«el grado de especificidad que alcanzan las sociedades respecto de las asociaciones las hace cualitativamente distintas a éstas, de manera que difícilmente podrá sustentarse que el régimen jurídico de dichas sociedades encuentra una directa conexión con las bases jurídicas mismas del derecho de asociación contenidas en el artículo 22 del texto constitucional»*. De este modo, las sociedades civiles y mercantiles quedarían al margen de este precepto constitucional. Así las cosas, para quienes sostienen esta tesis *«es en el artículo 38 de la propia Constitución donde encuentra... un directo engarce el derecho a la creación de sociedades civiles o mercantiles»*. De ahí se concluye que *«hay una sustancial separación entre el derecho de asociación, que se plasma en la aparición de entes asociativos, y la libertad de empresa que se concreta generalmente en la creación de sociedades mercantiles»* ⁴⁵.

8. LA LIBERTAD DE EMPRESA

La actividad desarrollada por una entidad no lucrativa, ya sea fundación, ya asociación, puede consistir en la producción de un bien o, como es usual en el campo social, en la prestación de un servicio. Es entonces cuando ha de examinarse si entra en juego la libertad de empresa que el artículo 38 de la Constitución española garantiza (*«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»*).

La respuesta de una parte de la doctrina, como hemos visto, consiste en considerar que el artículo 38 del texto constitucional, al reconocer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, atañe, de modo exclusivo, a las entidades lucrativas, de modo que los preceptos que reconocen los derechos de fundación y de asociación ampararían, a su vez, las actividades o empresas acometidas y mantenidas por las entidades sin fin de lucro. Existiría, por tanto, conforme a esta tesis, una dualidad en cuanto al título legitimador de orden constitucional, cuya diferencia vendría dada por el fin lucrativo o no que se persiga.

Pues bien, como tal cosa no es, a mi parecer, así, será menester explicar las razones por las cuales ha de salirse al paso de la dualidad de fundamentaciones constitucionales de la iniciativa privada que consista en la producción

⁴⁴ J. A. SANTAMARÍA: «Artículo 22», en *Comentarios a la Constitución...*, cit., p. 428.

⁴⁵ G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Asociaciones y Constitución*. Madrid, Civitas, 1987, pp. 173-176.

de un bien o en la prestación de un servicio y justificar los motivos por los cuales es posible sostener que, en estos casos, dicho fundamento es compartido por la iniciativa con finalidad lucrativa y por la que no persigue lucro.

En relación con ello, la doctrina, al examinar las fórmulas jurídico-administrativas de cooperación entre los sectores público y privado, ha sostenido que *«la constitucionalización del principio de libre empresa que recoge el artículo 38...permite y exige...la concurrencia de la iniciativa privada con la Administración en la gestión y prestación de servicios, salvo los reservados al sector público por la Constitución (ejemplo paradigmático sería la Seguridad Social) o por ley dictada de acuerdo con el artículo 128.2 por su carácter esencial»*⁴⁶.

La libertad de empresa equivale a la libre iniciativa económica privada⁴⁷ a que se refiere el artículo 41 de la Constitución italiana y que mencionaba el anteproyecto de nuestra Constitución de 1978, desplegándose en la triple dimensión de libertad de acceso al mercado, de ejercicio y de cese en el mercado⁴⁸. Incluye la libertad de crear empresas y de dirigir las⁴⁹.

Pues bien, la libertad de empresa constituye el título legitimador común de la iniciativa lucrativa y de la iniciativa no lucrativa. A tal efecto, es preciso parar mientes en que la idea de lucro no es consustancial a la empresa, pues ésta no es otra cosa que una organización de elementos personales y materiales dedicados a producir o transformar bienes y a prestar servicios⁵⁰.

La libertad de empresa no es, en definitiva, otra cosa que *«la capacidad de crear, mantener o modificar empresas de cualquier ámbito económico...con facultad para establecer sus propios fines o estrategia de funcionamiento»*⁵¹. No siendo consustancial el lucro a la empresa, no se advierten obstáculos para que las actividades no lucrativas hallen su título legitimador en la libertad de empresa.

Ello viene avalado por el propio concepto de libertad de empresa. En efecto, si por tal se entiende *«aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo ... para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia»*⁵², se convalidará en la ausencia de inconvenientes para aplicar esta libertad a la iniciativa sin fin de lucro. En efecto, es preciso insistir una vez más en la

⁴⁶ J. L. BELTRÁN y R. DE LEÓN: «La cooperación entre las entidades públicas y las ONGS: Fórmulas jurídico-administrativas», en *Organizaciones voluntarias e intervención social*. Madrid, Acebo, 1989, p. 148.

⁴⁷ Cf. M. BASSOLS COMA: *Constitución y sistema económico*. Madrid, Tecnos, 1985, p. 137.

⁴⁸ Ver, entre otros, J. M. GIMENO FELIÚ: *ob. cit.*, p. 168; A. ROJO, *ob. cit.*, pp. 327-335.

⁴⁹ F. GARRIDO FALLA: «Introducción general», en *El modelo económico de la Constitución Española*, vol. I. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 63.

⁵⁰ E. SERRA REXACH: *ob. cit.*, p. 86.

⁵¹ J. FERNÁNDEZ VEGA y J. MARISCAL DE GANTE y MIRÓN: *ob. cit.*, pp. 227-228.

⁵² M. BASSOLS COMA: *ob. cit.*, p. 137.

distinción entre el lucro subjetivo y el objetivo, de modo que habrá de esclarecerse nuevamente que esa obtención de un beneficio no es incompatible con el ánimo no lucrativo que pueda guiar una determinada iniciativa, puesto que lo relevante, para entender que dicho ánimo queda desvirtuado, no sería precisamente la obtención de ganancias, siempre que las mismas reviertan en la realización de la actividad, sino su reparto entre los partícipes. Por tanto, desde esta perspectiva de admisión del lucro objetivo, no se adivinan las dificultades que podrían oponerse a la aplicación de la libertad de empresa a la iniciativa sin fin de lucro.

La alusión a la economía de mercado tampoco constituye un obstáculo que impida considerar incluida la iniciativa privada de carácter no lucrativo en la libertad de empresa. A tal efecto, es preciso indicar, en primer lugar, que por economía de mercado ha de entenderse un orden económico descentralizado en la asignación de recursos⁵³. Economía de mercado es un concepto que se opone a planificación imperativa y no, entre otras cosas, a empresa pública⁵⁴.

Pero además —y esto es lo realmente trascendente a nuestros efectos— cuando el artículo 38 del texto constitucional menciona la economía de mercado lo hace únicamente para señalar el marco general en el que se desenvuelve la vida económica. El alcance de la mención se limita, por tanto, a la referencia a un sistema económico determinado. En tal sentido, se ha esclarecido que el artículo 38 de la Constitución alude «a un sistema económico que es el contrapunto de la economía dirigida», significando el precepto la consagración de una libertad concreta dentro de un «clima de libertad económica»⁵⁵. Y, en la misma línea, se añade que lo que se constitucionaliza es un sistema⁵⁶. Por consiguiente, la alusión a la economía de mercado no impide entender incluida la iniciativa privada no lucrativa en la libertad de empresa, como tampoco impide que lo sea la iniciativa pública, ya que una y otra actuarán en todo caso en el marco de un sistema económico de mercado.

La economía de mercado no es, por tanto, un concepto absoluto y excluyente, desde el momento en que, como se puso de manifiesto en un voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, el artículo 38 de la Constitución se limita a establecer:

«los parámetros del orden económico, pero no reglas jurídicas de libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la actividad económica».

⁵³ Ver la intervención del senador Nieto de Alba en los debates parlamentarios sobre el proyecto de Constitución (*Diario de sesiones del Senado. Comisión de Constitución*, sesión n.º 8, de 30-8-1978, pp. 2052-2053).

⁵⁴ J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *ob. cit.*, pp. 337-338; A. ROJO: *ob. cit.*, p. 332.

⁵⁵ F. GARRIDO FALLA: «Introducción general...», *cit.*, p. 63.

⁵⁶ A. ROJO: *ob. cit.*, p. 316.

De ahí que la doctrina haya podido referirse al «*carácter difuso*» que se da al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, como «*marco general garantizador de un sistema de economía de mercado que no se ve vulnerado por el hecho de establecer cualesquiera limitaciones o prohibiciones en relación con actividades empresariales concretas*», de forma y manera que «*en tanto se considere garantizada la existencia de un sistema de economía de mercado en el que se respete la libre competencia, no existe violación del derecho de libertad de empresa*»⁵⁷.

Por ello, dentro de este marco general, es posible la reserva de recursos o servicios esenciales al sector público (artículo 128 de la Constitución), la iniciativa pública en concurrencia con la privada (artículo 128) y la planificación (artículos 38 y 131). En cuanto marco general en el que se desenvuelve el orden económico, el sistema de economía de mercado no es incompatible, en consecuencia, con elementos que no respondan a la lógica del mercado, siempre que, de un modo global, el sistema no quede desvirtuado. Sería, por tanto, posible que sectores económicos enteros quedasen sustraídos a la libre competencia mediante la reserva al sector público o que determinados agentes económicos —públicos o privados sin fin lucrativo— actúen en el seno del sistema no acomodándose a la lógica de la formación de los precios conforme a la ley de la oferta y la demanda, sin que por ello dejemos de estar, en términos globales, en una economía de mercado.

En definitiva, el artículo 38 de la Constitución española está mencionando el escenario económico —economía de mercado— en el que actúan los agentes económicos, ya sean públicos o privados, con o sin fin de lucro. La libertad de empresa a la que se alude en el citado precepto abarca, consecuentemente, tanto las iniciativas lucrativas, como las que no persiguen lucro en la producción de un bien o en la prestación de un servicio.

De otra parte, no es ocioso insistir de nuevo en que el carácter no lucrativo de una entidad no impide la obtención de un beneficio en su actuación, siempre que el mismo revierta hacia el fin social. Otra cosa sería que el beneficio se distribuyera entre los asociados o los fundadores, por cuanto lo que caracteriza a los entes asociativos y fundacionales es precisamente la ausencia de lucro subjetivo.

Hechas estas consideraciones de alcance general, pueden aportarse sendos ejemplos para ilustrar la tesis que se mantiene. Estos ejemplos vienen proporcionados por los ámbitos de la educación y de la sanidad.

En efecto, la libertad de creación de centros docentes, que el artículo 27 de la Constitución reconoce, no es, en definitiva, sino la traslación de la libertad de empresa al ámbito educativo. La especificidad de aquella viene dada por el derecho de los titulares de los centros privados a establecer un

⁵⁷ G. ARIÑO ORTIZ: *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 95-97.

ideario educativo propio, ya que, en otro caso, la libertad de creación de centros docentes:

«no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (artículo 38) consagra» (STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico octavo).

De ahí se infiere que la libertad de creación de centros docentes, en sí misma considerada, y sin el aditamento expuesto, no es sino una manifestación concreta de la libertad de empresa.

Conforme al artículo 27 del texto constitucional, la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación reconocerá a todas las personas, tanto físicas, como jurídicas, de carácter privado y de nacionalidad española, la libertad para la creación y dirección de centros docentes privados, de lo que se colige que en la titularidad de esta libertad no se introduce distinción alguna por el ánimo lucrativo o no que guíe la iniciativa de quien pretenda crear y dirigir establecimientos educativos.

Por su parte, en el ámbito de la salud, la Ley General de Sanidad reconoce expresamente la libertad de empresa, abriendo así la posibilidad de desarrollar iniciativas privadas, con independencia del ánimo lucrativo o filantrópico que las caracterice, viniendo dada la distinción entre unas y otras por circunstancias tales como su diferente posición respecto de la actividad administrativa de fomento o la preferente situación de la actividad sanitaria altruista a la hora de concertar con la Administración sanitaria.

9. A TÍTULO CONCLUSIVO

Con pretensión recapituladora y conclusiva, significaré que el análisis de los posibles fundamentos constitucionales de la acción voluntaria me lleva a excluir, desde una perspectiva jurídico-positiva, la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de participación y el principio de subsidiariedad.

Por el contrario, estimo aplicables el derecho de fundación y el derecho de asociación, a los que habrá de añadirse la libertad de empresa cuando la actuación consista en la prestación de un servicio o en la producción de un bien. En tal sentido, no me parece que sea correcto sostener, en estos casos, la dualidad de los fundamentos constitucionales, es decir, la libertad de empresa para las entidades lucrativas y los derechos de fundación y de asociación para las entidades sin fin de lucro. En efecto, creo que, frente a esta tesis, es perfectamente posible sostener que el artículo 38 de la Constitución española, al reconocer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, no atañe de modo exclusivo a las entidades lucrativas, de modo

que también entrarían en su cobertura las actividades o empresas acometidas y mantenidas por las entidades sin fin de lucro.

En resumen, la libertad de empresa constituirá el título legitimador común de la iniciativa lucrativa y de la iniciativa no lucrativa que tenga por objeto la prestación de un servicio o la producción de un bien.

Quizás esta conclusión pueda turbar a los más castos espíritus. Pero, de ser verídica la opinión que aventura Gino LOFREDO, no serían pocos quienes habrían alcanzado su propio desarrollo sostenible⁵⁸ en el vuelo migratorio *à la page* desde la mitificación del Estado a la mitificación —y, en tal supuesto, acaso también mistificación— de lo *non profit*. Si ello —que no lo sé— fuera cierto, el divergente ánimo inspirador de las iniciativas particulares podría, ya en un plano metajurídico, no ser siempre un elemento diferencial tan decisivo.

⁵⁸ Tomo esta frase de G. LOFREDO: «¿Usted todavía no tiene su ONG?», en *Viento Sur* n° 23, 1995, p. 98.

