

LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA ECONOMICA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional
de 16 de noviembre de 1981)

MARTIN BASSOLS COMA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRONUNCIAMIENTOS BÁSICOS: 1. Sinopsis del contenido de la Ley Vasca impugnada. 2. Manifestaciones del principio de territorialidad como fundamento y límite de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. La noción de «intereses respectivos» como concepto indeterminado y su irrelevancia cuando la norma positiva fija con claridad la competencia autonómica. La admisibilidad de la repercusión extraterritorial de los actos de las Comunidades Autónomas y sus límites: los principios de Igualdad y de Libertad de circulación y establecimiento de personas y bienes. 3. La Reserva de Ley como garantía de la libertad de Empresa. Competencias de las Comunidades Autónomas para legislar sobre el ejercicio de este derecho. Las «Condiciones básicas» que garantizan la igualdad en el ejercicio de la Libertad de Empresa como materia reservada a la Ley estatal. 4. Incompetencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de Derecho Mercantil. 5. Las Comunidades Autónomas deben ejercer sus competencias legislativas conforme a la Constitución: el establecimiento de tributos está sometido a la Reserva de Ley del propio Parlamento Autónomo sin que pueda admitirse una deslegalización en esta materia. 6. Las argumentaciones del voto particular a la sentencia.—III. REFLEXIONES GENERALES: 1. Sobre la delimitación formal y material de las «Condiciones básicas» que garantizan la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa. 2. Control de la discrecionalidad legislativa y su apreciación como vicio de inconstitucionalidad: distinción entre imperfecciones técnicas de la Ley y normas de la misma que infringen el principio de igualdad. 3. El principio de conservación de la Ley, declaraciones interpretativas de desestimación y efectos de la sentencia: referencia a la Ley Vasca de 4/1982, de 31 de marzo, sobre adecuación de la ley declarada inconstitucional a la sentencia.

I. INTRODUCCIÓN

La complejidad intrínseca de la interpretación de los preceptos que integran la llamada Constitución económica, inserta en la Constitución política, alcanza su máxima dificultad cuando se hace pre-

ciso su análisis en función del sistema de reparto de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La dinámica de los hechos ha determinado, sin embargo, que el Tribunal Constitucional en la primera etapa de su funcionamiento haya tenido que enfrentarse en dos ocasiones —sentencias en recurso de inconstitucionalidad número 814/1981, de 16 de noviembre (*BOE* de 28 de noviembre de 1981), y en resolución de conflictos de competencia números 63 y 191 (acumulados) número 1/1982, de 22 de enero (*BOE* de 26 de febrero de 1982)— con esta viva problemática, desarrollando una espléndida y sugerente doctrina interpretativa en relación con cada uno de los extremos debatidos. En la presente ocasión nos limitaremos a anotar y comentar la primera de dichas sentencias, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas de Transporte de Mercancías, de la que ha sido ponente el Magistrado excelentísimo señor don Francisco RUBIO LLORENTE.

En dicha sentencia se abordan temas cruciales sobre la significación de la libertad de empresa (art. 38) en relación con las competencias legislativas del Estado y las Comunidades Autónomas, tomando en consideración, como tema de fondo, el principio de la garantía de las «condiciones básicas» en orden a la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149, 1, 1.^ª). De esta suerte, la sentencia no sólo contribuye a ofrecer una exégesis sobre la aplicación correcta de un precepto constitucional, sino que destaca unos principios informadores del orden económico constitucional que puede contribuir a perfilar los parámetros básicos de nuestra Constitución económica. Ahora bien, al tratarse de la primera sentencia producida por el Tribunal Constitucional en esta materia, metodológicamente, entendemos que es necesario atender muy meticulosamente a los supuestos de hecho que informan las premisas contenidas en las declaraciones jurisprudenciales, a fin de evitar precipitadas conclusiones en el orden interpretativo que pudieran extrapolarse con fines más ideológicos que propiamente jurídicos. Por ello hemos dividido este comentario en dos partes: una, eminentemente expositiva de los capítulos fundamentales de la doctrina de la sentencia; y otra, en la que se vierten meras reflexiones y apuntes críticos en función exclusiva del contexto propio de la decisión.

II. PRONUNCIAMIENTOS BÁSICOS

1. *Sinopsis del contenido de la Ley vasca impugnada*

El artículo 10.32 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EV) atribuye a dicha Comunidad Autónoma, como «competencia exclusiva», la materia relacionada con «Centros de Contratación y Terminales de carga en materia de transporte». El Parlamento Vasco aprobó la Ley 3/1981, de 12 de febrero, sobre «Centros de Contratación de Cargas en Transportes Terrestres de Mercancías» con objeto, señala su preámbulo, de «dotar al mercado de cargas de la transparencia precisa, se considera oportuno proceder al establecimiento de un Centro de Contratación de Cargas que permita el desarrollo racional del transporte de mercancías y el estricto cumplimiento de la legalidad». Los fines institucionales de la Ley están explícitamente enunciados en el artículo 3.º de la misma en los siguientes términos: «Las Oficinas de Distribución y Control (como Delegaciones territoriales del Centro de Contratación de Cargas, como organismo autónomo del Gobierno Vasco) promoverán la materialización de contratos de transporte de mercancías por carretera facilitando el acercamiento de la oferta y de la demanda, controlando la distribución ordenada y equitativa de las cargas, velando por el cumplimiento de las tarifas establecidas y de la legalidad vigente, propiciando la mejora de la calidad y seguridad del transporte.»

La referida Ley se estructura en cuatro títulos destinados a regular, respectivamente, los caracteres y atribuciones básicos de los Centros de Contratación y sus Oficinas de Distribución y Control; los órganos de gobierno del Centro y sus atribuciones funcionales, presupuestarias, contables, así como su composición e integración representativa; el régimen jurídico de las cargas, de su oferta y de su demanda (arts. 25 a 32), y, finalmente, la asignación de cargas (artículos 33 a 35). Desde el punto de vista de la ordenación del mercado de transportes, interesa destacar por haber sido objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad, las siguientes obligaciones *ex lege* exigibles por el Centro de Contratación de Carga o sus oficinas: las Agencias de transportes deberán poner a disposición de dichas entidades un porcentaje (a determinar por el órgano competente del Gobierno Vasco) de la carga que contraten en el mercado (artículo 25, 1, a)), la carga que no puedan transportar por rebasar la

capacidad de contratación que les otorgue en cada caso, la normativa vigente y no haya sido asimismo puesta a disposición de las Agencias de transportes [art. 25, 1, b)]; la de mantener durante dos horas a disposición de dicho Centro la carga que con carácter voluntario o en virtud de las obligaciones anteriores les haya sido presentada para contratar su transporte (art. 28); y, por último, la de aceptar los ofertantes de carga el transportista propuesto por el Centro, salvo por motivos fundados que apreciará el Director Gerente, «quien adoptará la decisión que a su juicio correspondiere en cada caso, la cual resultará de obligado cumplimiento, si bien dicho acuerdo gerencial podrá ser revisado ante el Comité Ejecutivo» (art. 29). La aceptación de la carga comportará como obligaciones complementarias: presentación del vehículo en el plazo de dos horas en el lugar de la carga (art. 33), obligación de asegurar la carga «de acuerdo con la declaración de valor que se le indique en la carta de porte» (art. 34) y percepción por el Centro de un canon de servicio para cada operación concertada (art. 35).

Contra dicha Ley se interpuso recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Presidente del Gobierno, con fecha 19 de junio de 1981, solicitando expresamente la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes artículos de la Ley Vasca: 6.º, 18 f), g) y l), 19, e), f), g) y h); 22, f) y g), 24, 25, 1; 28, 29, 34 y 35, así como por vía de conexión, los artículos 25, 2, 26 y 27. Los motivos de inconstitucionalidad alegados afectaban a los siguientes temas: infracción de la extensión territorial de la competencia del Parlamento Vasco; imposición de deberes *ex lege* a las partes contratantes; infracción de la reserva de Ley tributaria; improcedencia de establecimiento y regulación de un seguro de transportes, y vulneración de diversos preceptos en materia de régimen administrativo y presupuestario del Centro de Contratación en su consideración de Organismo autónomo. Como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981, el Parlamento Vasco ha dictado una nueva Ley de adaptación de sus preceptos a la sentencia de referencia, en los términos que más adelante se examinarán, con fecha 31 de marzo de 1982 (Ley 4/1982).

Desde el punto de vista de la regulación de la materia hay que considerar que la iniciativa del Gobierno Vasco respondía a una auténtica necesidad y que no tenía un tratamiento adecuado en nuestro ordenamiento. Como prueba de ello, basta considerar que el Estado, por Real Decreto 2512/1981, de 19 de octubre, ha dictado una norma

de general aplicación a todo el territorio nacional —a excepción de Cataluña y el País Vasco y de aquellas Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos de Autonomía les reconocen competencias exclusivas en la materia— por la que se establecen las Normas básicas sobre Centros de Información y Distribución del Transporte Terrestre de Mercancías. Un cotejo de la norma autonómica con esta disposición reglamentaria estatal, evidencia un claro paralelismo y una directa influencia de la primera en la segunda, si bien en esta última se dulcifican las normas de carácter obligatorio, subrayando el carácter voluntario de la aceptación de las ofertas de carga por parte de los transportistas.

2. *Las manifestaciones del principio de territorialidad como fundamento y límite de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. La noción de «intereses respectivos» como concepto jurídico indeterminado y su irrelevancia cuando la norma positiva fija con claridad la competencia autonómica. La admisibilidad de la repercusión extraterritorial de los actos de las Comunidades Autónomas y sus límites: los principios de igualdad y de libertad de circulación y de establecimiento de personas y bienes*

Los supuestos fácticos determinantes de la aplicación de la Ley sobre Centros de Contratación de Cargas plantean, inicialmente, la problemática de su constitucionalidad en orden al ámbito territorial de la competencia de la Comunidad Autónoma, puesto que si bien el espacio territorial de actuación y la sede del Centro de Contratación de Cargas se circunscriben al territorio vasco, lo cierto es que las obligaciones jurídicas dimanantes de dicha Ley se extienden a las «ofertas de transporte con origen en Euskadi» (art. 25, 1), con lo que se suscita la posibilidad de que su vinculación o eficacia se extienda análogamente a aquellas ofertas de transporte que tengan su destino fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y, por lo tanto, al resto del territorio nacional, afectando indirectamente a toda la actividad económica del transporte nacional que tenga su origen en el País Vasco. Esta potencial eficacia extraterritorial de la Ley o de los actos jurídicos nacidos a su amparo presenta importantes cuestiones dogmáticas sobre la naturaleza del territorio de las Comunidades Autónomas como fundamento y límite de sus potestades legislativas (1).

(1) Sobre el límite territorial para las potestades legislativas de los Entes territoriales: Vid. L. PALADÍN: *La potesta legislativa regionale*, Padova, 1958, pp. 8-9, y del mismo autor el sugestivo trabajo: «Il territorio degli enti autonomi», en *Rivista Trimm Dir. Pubb.*, 1961, pp. 608 y ss.

En la literatura española, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de*

algunas de las cuales han sido objeto de análisis en la sentencia que comentamos. Dos, en concreto, han merecido especial atención: en primer lugar, si la referida extraterritorialidad desborda el círculo institucional propio de la justificación de la autonomía a efectos de precisar la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar una Ley de esta naturaleza a la vista de lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución, en el que expresamente se apela a la dimensión territorial de los «intereses respectivos», y, en segundo lugar, el límite territorial al que debe circunscribirse la actuación de las competencias de la Comunidad Autónoma impuesto por el propio artículo 20, 6, del Estatuto Vasco «salvo disposición expresa en contrario, todas las competencias mencionadas en los artículos anteriores y otros del presente Estatuto, se entienden referidos al ámbito territorial del País Vasco».

A) Por lo que respecta al primer extremo, es evidente que el criterio de la territorialidad en relación al problema de fondo juega un doble papel: el territorio como causa justificativa de la atribución a la Comunidad Autónoma de sus competencias legislativas sobre la materia en razón de su interés respectivo (*ratione territorii*); y el territorio como base infraestructural del desarrollo de la actividad del transporte, máxime cuando sus itinerarios pueden exceder de los de la Comunidad Autónoma y transcurrir por vías de titularidad estatal.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional no considera necesario acudir al concepto de la «gestión de sus respectivos intereses» para fundamentar la legitimidad de la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma vasca en esta materia, rechazando frontalmente la cuestión de determinar sustancialmente el núcleo de los «intereses respectivos» o propios, por cuando «esta polémica resulta, sin embargo, en cierto sentido superflua en cuanto ignora la muy diversa función que un concepto indeterminado o abierto como es el de los "intereses respectivos" juega en las consideraciones de *lege ferenda* y en la interpretación de *lege data*». Y a continuación sienta la siguiente doctrina:

Como tantos otros conceptos de la misma naturaleza en nuestro texto constitucional, el de los «intereses respectivos» de las Comunidades Autónomas de los municipios o de las provincias cumplen sobre todo la función

Derecho administrativo, 1, Civitas, 1980, pp. 276-277, y S. MUÑOZ MACHADO: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, 1981, p. 67.

de orientar al legislador para dotar a estas entidades territoriales de los poderes o competencias precisos para gestionarlos. Es el legislador, sin embargo, el que, dentro del marco de la Constitución, determina libremente cuáles son estos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad las competencias que requiere su gestión.

La configuración de la idea de los «intereses respectivos» como un concepto indeterminado constitucionalmente, cuya última especificación corresponde al legislador, supone en principio privar a aquél de todo sentido sustantivo y de garantía institucional del núcleo esencial de la autonomía. En este extremo parece que el propio Tribunal Constitucional se aparta de su propia doctrina—sentencias de 2 de febrero de 1981 y 14 de julio de 1981 (2)— en orden a los «intereses respectivos» para justificar la autonomía como principio informador de las Comunidades Autónomas y Entes Locales. Sin embargo, en el contexto de la litis no puede hablarse propiamente de una desviación por cuanto en las referidas sentencias se valoraba la esencia misma de la autonomía (3), mientras que en la decisión que comentamos ésta se presupone y se atiende exclusivamente a la fijación de la materia y extensión de una competencia legislativa concreta. Es necesario, por lo tanto, atribuir al pronunciamiento del Tribunal Constitucional el carácter de una simple regla hermenéutica para la delimitación de una competencia, como se desprende de los siguientes razonamientos complementarios: «es ya un dato definido por la Ley misma (en este caso el Estatuto de Autonomía del País Vasco, artículo 32, 10) como repertorio concreto de las competencias; ha de ser construido a partir de la norma legal, sin reducir su alcance mediante una nueva conexión entre el significado literal y la noción de "interés de la Comunidad Autónoma"; ha de hacerse sin recurrir, salvo cuando la propia definición legal lo exija a la noción de interés respectivo, pues de otro modo se provocaría una injustificada reducción del ámbito de los intereses propios de la Entidad autónoma definido por el legislador y se transformaría esta noción del interés propio o respectivo en una apelación a la "naturaleza de las cosas", mediante la cual la decisión política se traslada del legislador al juez».

(2) Recursos de inconstitucionalidad números 186/1980 y 25/1981.

(3) Sobre el tema en general y en relación a la sentencia de 2 de febrero de 1981, la excelente monografía de L. PAREJO ALFONSO: *Garantía Institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.

B) Delimitada, conforme a esta regla hermenéutica, la procedencia de la competencia autonómica, el Tribunal concluye, a la vista de lo estrictamente dispuesto en el artículo 32 y conexos de la norma estatutaria, que la creación de centros de contratación es una competencia exclusiva de la Comunidad —si bien matizando «sin entrar en el sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo exclusivo se utiliza, tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía hasta ahora promulgados, por no ser ello necesario en este punto»— por cuanto de la textualidad del precepto no puede deducirse «ninguna salvedad ni explícita ni implícita se hace, sin embargo, en la atribución de competencia para la creación y regulación de los centros de contratación y terminales de carga en materia de transportes, cuyo establecimiento y regulación no forma parte de la ordenación del transporte del que habla el artículo 12, 9, del Estatuto de Autonomía, que no puede ni debe ser tenido en cuenta, en consecuencia, para restringir la competencia que el artículo 10.32, atribuye a la Comunidad Autónoma».

La afirmación del Tribunal en orden a considerar que la potestad de establecimiento y regulación de los centros de contratación no constituye una materia que forme parte de la «ordenación del transporte» —sector competencial de la Comunidad Vasca que sólo ostenta competencias de ejecución, según el artículo 12, 9, del texto estatutario— debe matizarse y entenderse que sólo alcanza al estricto ámbito de la regulación administrativa interna de dicho Organismo y que cede cuando en el propio texto de la Ley Vasca se incide en el ámbito de las relaciones jurídicas del transporte, imponiendo a los transportistas determinadas obligaciones legales, pues en este extremo se entra de lleno en una materia —la ordenación del transporte—, en la que la Comunidad Autónoma incidiría en un ámbito extraterritorial —entendido aquí el concepto de territorio como base infraestructural del desarrollo de la actividad del transporte— con manifiesta incompetencia. La propia sentencia que comentamos se ve precisada —en su fundamento de derecho número 4 (*in fine*)— a delimitar estos campos competenciales al enfrentarse con el problema de la legitimidad constitucional del seguro que se obliga a suscribir al transportista, «a la misma conclusión de legitimidad constitucional se llega si, prescindiendo de la cuestión acerca de la naturaleza mercantil o no de la norma, se la conceptúa como una pura y simple regulación del transporte por carretera que se origina en el País Vasco, aunque salga fuera de él, pues el artículo 149, 1, 21, de la Constitución, atribuye a la competen-

cia exclusiva del Estado la regulación de los transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma».

C) Por último, la sentencia que comentamos aborda con gran precisión los perfiles de la repercusión extraterritorial de los actos de las Comunidades Autónomas. Evidentemente, se trata de una cuestión distinta la extraterritorialidad de la validez de las normas de las Comunidades Autónomas —principio que frontalmente hay que negar por cuanto la norma constitucional vincula las potestades legislativas autonómicas al territorio (*ratione territorii*) de la posible admisión de la eficacia o influencia extraterritorial de los actos o presupuestos de hecho originados en base a la normativa autonómica (3 bis). En este punto, la posición del Tribunal es rotunda; «esta limitación territorial de la norma y actos no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado por ello a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que pueden producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional». Y esta afirmación la sustenta el Tribunal en una declaración de principios que por su importancia conviene subrayar:

... la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimientos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda su capacidad de actuación.

La doctrina del Derecho público ha admitido genéricamente la posibilidad de la repercusión o influencia extraterritorial de los actos o de las situaciones jurídicas originadas en el ámbito de un ente territorial, si bien se trata de una potencialidad condicionada, nunca absoluta, pues ello no puede implicar daños o lesiones a los intereses de otros entes territoriales o al Estado como conjunto (4). En este punto, la sentencia comentada precisa con absoluta nitidez una serie de limitaciones que por referirse a una actividad económica, como la del

(3 bis) Vid. MIELE: «I Poteri degli enti territoriale fuori del loro territorio», *Arch. dir. Corp.*, 1931, y L. PALADIN: «Il territorio degli enti autonomi», *op. cit.*

(4) L. PALADIN: *La potesta legislativa regionale*, *op. cit.*, p. 8.; A. BARBERÁ: *Regioni e interesse nazionale*, Milán, 1973, pp. 139 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO: «Las potestades», *op. cit.*, pp. 67-90.

transporte, adquieren una especial significación y se erigen, en el contexto de la decisión judicial, en auténtico motivo de *ratio decidendi*:

... precisamente es esta posibilidad siempre abierta de que los actos válidamente celebrados por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma dentro de su propio territorio y respecto a las relaciones jurídicas que en él se establecen puedan producir consecuencias fuera del territorio de la Comunidad, la que junto con otras razones, somete la potestad normativa de las Comunidades Autónomas a determinadas limitaciones (señaladamente, necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional e interdicción de cualquier medida que directa o indirectamente pueda obstaculizar la libertad de circulación de personas o bienes o la libertad de establecimiento de aquéllas).

3. *La reserva de Ley como garantía de la libertad de empresa. Competencias de las Comunidades Autónomas para legislar sobre el ejercicio de este derecho. Las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa como materia reservada a la Ley estatal.*

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la Ley 3/1981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco, al ordenar el mercado de las cargas de transporte (oferta y demanda) impone una serie de obligaciones *ex lege* a los transportistas: poner a disposición del Centro un porcentaje de cargas (art. 25, 1, a)], así como las que rebasen su capacidad (art. 25, 1, b)]; mantener por espacio de dos horas la carga a disposición del Centro (art. 28); obligación de aceptar los ofertantes las propuestas por dicho Centro, salvo por motivos fundados apreciados libremente (art. 29); presentación del vehículo en el plazo de dos horas de recibir la orden (art. 33); obligación de asegurar la carga en base a la declaración de valor que indique la carta de porte (artículo 347) y percepción de un canon de servicio por el Centro por cada operación concertada (art. 35). A juicio del órgano recurrente estas obligaciones legales infringen el artículo 38 de la Constitución, no en cuanto a su contenido esencial, sino en lo relativo a la reserva

de Ley que lo ampara en el sentido del artículo 53, 1, de la Constitución, por entender que la norma de la Comunidad Autónoma vasca incide en las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles (en este caso los empresarios) en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149, 1, 1.º). En tal sentido, dicha intervención sólo podría operarse por una Ley estatal en virtud de un doble fundamento: material (regulación de una condición básica, según el artículo 149, 1, 1.º) y espacial (abarcarse a todo el territorio nacional porque incide en un derecho fundamental). La argumentación de la parte recurrente transforma muy hábilmente la reserva de Ley en una cuestión de jerarquía normativa por razón de la materia afectada —las condiciones básicas del ejercicio de un derecho fundamental— del efecto de excluir la competencia de la Comunidad Autónoma, si bien soslaya la posible incidencia que esta discriminación en el tratamiento pueda tener en el núcleo o contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, y si tal incidencia por su potencialidad puede lesionar a dicho núcleo de forma sustancial. El Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 2, ha analizado minuciosamente estas cuestiones de la siguiente forma:

A) Como premisa general, la sentencia enmarca el artículo 38 de la Constitución —(«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»)— en el conjunto de nuestro sistema constitucional. No se apela explícitamente al concepto de Constitución económica —terminología que sí se utiliza muy significativamente, como tendremos ocasión de verificar posteriormente en el voto particular a la sentencia—, pero, implícitamente, se alude al mismo al conexionarse a efectos interpretativos con el artículo 128 (sometimiento de la riqueza al interés general, reconocimiento de la iniciativa pública en materia económica y reserva al sector público de recursos o servicios esenciales) y 131 (planificación de la actividad económica general); y en tal sentido, se afirma «como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad».

El Tribunal, al no requerirlo la cuestión de fondo, no se detiene en analizar las consecuencias directas en orden a una posible calificación del tipo de Constitución económica efectivamente consagrado, y se limita a concentrar su atención en la configuración del artículo 38 como un derecho susceptible de garantía constitucional a la vista de potenciales limitaciones e intervenciones de los poderes legislativos, declarando al respecto:

... el mantenimiento de estos límites, como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el capítulo segundo del título primero de la Constitución, está asegurado en ésta por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial (art. 53, 1 de la Constitución).

La indisponibilidad del Legislador respecto a este núcleo esencial significa que corresponde al Tribunal Constitucional en última instancia la fiscalización del respeto efectivo de esta garantía material o institucional de los derechos:

... no determina la Constitución, cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal, al que como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.º de la LOT), corresponde en último término y para cada caso concreto llevar a cabo esa determinación.

B) Como el *petitum* del recurso no sostiene que la Ley Vasca haya vulnerado o no respete el «contenido esencial de la libertad de empresa», sino sólo que tal Ley vulnera la garantía formal de tal libertad en el sentido anteriormente expuesto de una reserva de Ley estatal, el Tribunal centra la cuestión en la interpretación del «alcance de la reserva de Ley que la garantiza», es decir, en una delimitación de competencias legislativas jerárquicas entre el Estado y la Comunidad Autónoma, si bien no con un alcance meramente formal, sino en atención a la cuestión de fondo que late en el artículo 149, 1, 1.º, de la Constitución, competencia exclusiva del Estado para «la regulación

de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Y para verificar esta conexión se apela, como cuestión previa, a la interpretación del artículo 53, 1, de la Constitución, por cuanto la parte actora «identifica el concepto genérico de Ley con el más restringido de Ley general o Ley emanada de los órganos generales del Estado». En este sentido el Tribunal sienta una doctrina hermenéutica que requiere ser destacada:

... si toda ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53, 1 de la Constitución hubiera de ser Ley del Estado (utilizando ahora este concepto en un sentido más restringido, como conjunto de instituciones generales), carecería de todo sentido, en efecto, que el artículo 149, 1, 1.º reservase a la competencia exclusiva del Estado (en este mismo concepto restringido) «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». De otro lado, y como antes se apunta, una interpretación de este género vendría casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de tales derechos o el cumplimiento de deberes garantizados por la Constitución.

... la interpretación del artículo 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo, título primero, de la Constitución, requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales, cuando afecte a las *condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles* en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Co-

munidades Autónomas, cuyos Estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación imp'ique necesariamente en uno u otro grado una regulación del ejercicio de derechos constitucionales garantizados.

De lo expuesto se deduce, desde el punto de la reserva de ley del artículo 53, 1, para el desarrollo de los derechos y deberes amparados por esta garantía constitucional, la competencia legislativa inicial de las Comunidades Autónomas para regular su ejercicio, pero dicha competencia cede en favor de la ley estatal (entendida como la que emana de las Cortes Generales, con independencia de su ámbito territorial), cuando dicho ejercicio afecte a las «condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles». En un pasaje concreto de la sentencia que comentamos, al contrastar la «igualdad de condiciones básicas» con el principio de «igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado», el Tribunal se pronuncia concretamente sobre este reparto de competencias:

... la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular la condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149,1 de la Constitución), cuyas normas además son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto y tienen siempre valor supletorio (149, 3).

C) Delimitado con precisión el ámbito de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en la materia, la sentencia entra a examinar el contenido intrínseco de la Ley del Parlamento Vasco, en orden a las obligaciones *ex lege*, conforme al siguiente parámetro, que funcionalmente actuará como auténtica *ratio decidendi* de la cuestión de fondo, «la alegada inconstitucionalidad no derivara, pues, en su caso, de que la norma impugnada afecte a las condiciones en que se ejerce la libertad de empresa, sino que se producirá sólo cuando esa afección *conlleve una modificación de las condiciones básicas en que es ejercida por el resto de los empresarios españoles*. En el análi-

sis singularizado de las obligaciones *ex lege* contenidas en la Ley Vasca conforme a dicho parámetro, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

a) La obligación de las Agencias de Transporte de poner a disposición un porcentaje de la carga, a través del Centro, y a concertar las ofertas de contrato con quien a través de este servicio se le presente como aceptante (art. 25, 1, a)), a juicio del Tribunal (con independencia de su imprecisión conceptual y alcance que le sitúan en el límite de lo admisible desde el punto de vista de la reserva de ley y que su aplicación pueda dar lugar a disposiciones o actos contrarios a la Constitución no «afecta en modo alguno a las condiciones básicas del ámbito de libertad en que esa actividad se lleva a cabo en el resto de España» (en relación con el art. 38 de la Constitución). A análoga conclusión llega la sentencia —respecto al ámbito del artículo 38 de la Constitución— en relación a otra de las obligaciones impuestas «las condiciones básicas de ejercicio de la actividad del transportista, desde el punto de vista de la libertad no sufren alteración alguna porque a éste se le imponga la obligación de ofrecer al Centro de Contratación o a las oficinas de Distribución y Control el transporte de cargas que él no puede asumir, pues, aparte otras consideraciones, esta obligación se le impone sólo para el caso de que esa carga no haya sido puesta a disposición de una agencia de transporte».

La validez constitucional de estas obligaciones se contrasta análogamente con el artículo 139, apartado 1 (todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado) y apartado 2 (libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español). Respecto al primer extremo, el Tribunal sostiene que el principio de igualdad en cualquier parte del territorio nacional «no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente en nuestro ordenamiento genera una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica

de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional». Lo único que impone el Tribunal en su doctrina es la reserva de ley estatal para regular las *condiciones básicas* del ejercicio de dichos derechos y, en cuanto a la ley impugnada, «no afectan —las obligaciones hasta ahora examinadas— a ninguna posición jurídica fundamental de los ciudadanos y no establece discriminación alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional».

Tampoco entiende el Tribunal que exista vulneración del apartado 2 del artículo 139 por la obligación de mantener la oferta durante dos horas, ni la dilación que pueda sufrir la conclusión del contrato por las objeciones que el cargador haga al transportista, puesto que entiende que ello no constituye obstáculos graves o desproporcionados respecto al principio de libre circulación de personas y bienes. Y a este respecto formula la siguiente interpretación de dicho principio:

... ciertamente cualquier normativa local que, dentro de su ámbito competencial propio, establezca un ente de esta naturaleza (municipio, provincia o Comunidad Autónoma), respecto del transporte o de la carga y descarga de mercancías o sobre la concurrencia de ofertas y demandas de transportes, puede incidir sobre la circulación de personas y bienes, pero no toda incidencia es necesariamente un obstáculo. Lo será cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar la circulación, pero no sólo en este caso, sino también en aquellos otros en que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación con el fin constitucionalmente lícito que aquéllas persigan.

b) La obligación de mantener durante dos horas a disposición del Centro la carga, a juicio del Tribunal, «no implica manifiestamente modificación alguna de las condiciones básicas en las que los empresarios llevan a cabo su actividad, pues toda oferta de contrato debe ser mantenida de acuerdo con los usos de comercio durante el tiempo razonablemente necesario para que pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige». La concreción de este plazo en dos horas «no puede ser considerada como una alteración básica de lo que la legislación mercantil y los usos del comercio ya imponen».

c) Un juicio contrario y, por lo tanto, ilegítimo desde el punto de vista constitucional merece al Tribunal Constitucional el artículo 29 de la Ley Vasca, en cuanto impone la obligación de aceptar por parte del cargador al transportista facilitado por el Centro, salvo cuando se justifique el rechazo por motivos cuya validez queda a la discreción del Director del Centro. El razonamiento para llegar a esta conclusión se basa en las consecuencias derivadas de la discrecionalidad—motivo que más adelante será objeto de examen en cuanto a su relevancia—que la norma otorga al organismo administrativo, en cuanto, por una parte, «anu'a la libertad de opción del cargador y, en consecuencia, afecta a las condiciones básicas de ejercicio de su actividad colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en que se encontraría si la llevara a cabo en cualquier otra parte de España», y, por otra, «habilita a la Administración para obligar a concertar un contrato determinado forzando la voluntad de uno de los contratantes..., en cuanto imponen a la libertad de actuación del ofertante de la carga unas limitaciones que no existen en el resto del país y que afectan básicamente el ejercicio de su actividad, privándo'e de la posibilidad de optar entre alternativas, son contrarias a la Constitución».

4. *Incompetencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de Derecho mercantil*

La sentencia no se limita a examinar los posibles vicios de inconstitucionalidad en relación con el artículo 149, 1, 1.º (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad), sino que extiende simultáneamente su fiscalización respecto a la posible invasión de las competencias legislativas exclusivas del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149, 1, 6.º) por parte de la Ley Vasca que comentamos.

En el fundamento jurídico número 3, la sentencia lleva a cabo una extensa y discutible argumentación sobre la naturaleza del Derecho mercantil y su deslinde del Derecho público, con objeto de reconducir las distintas figuras contemp'adas en la Ley Vasca en el campo doctrinal y normativo del primero para así poder concluir en favor de una reserva de ley estatal. Como punto de partida, puntualiza la sentencia que, «como es obvio, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en

donde se mezclan de manera inextricable el derecho público y el derecho privado, dentro del cual hay que situar, sin duda, el Derecho mercantil». La sentencia, como puede observarse, es consciente de que el moderno intervencionismo administrativo incide en la realidad mercantil —especialmente en la cuestión debatida en la litis sobre el transporte de mercancías— desdibujando los perfiles clásicos del derecho privado y del derecho público —recuérdense al efecto las posiciones de algunos autores sobre el Derecho económico y el Derecho público de la Economía (5). Sin embargo, el Tribunal rehúsa entrar en concepciones doctrinales para determinar el ámbito de la materia controvertida, limitándose a acotar un núcleo esencial, mínimo e irreductible:

... es claro que sea cual fuere el criterio que se adoptase, aquélla habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales. Sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la *actividad libre* del empresario mercantil y sólo la legislación, emanada de esos órganos centrales, puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstos.

En la confrontación de este fondo común propio del Derecho mercantil, reservado a la competencia de la ley estatal, con la regulación contenida en la Ley Vasca, llega a las siguientes conclusiones:

- La creación del Centro de Contratación, como servicio público, no supone modificación de la legislación mercantil ni la de transportes.
- El artículo 29 de la Ley, por el contrario, al habilitar a la Administración para imponer una contratación forzosa de un determinado contrato de transporte, «invade también, por razones conexas, el terreno de la legislación mercantil y, por ende, el ámbito reservado al Estado por el artículo 149, 1, 6, de la Cons-

(5) En la literatura española, las interesantes reflexiones de J. RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pp. 187-194.

En la literatura italiana, la monumental obra en tres tomos de F. GALGANO: *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, y M. S. GIANINI: *Diritto Pubblico dell'economia*, Bolonia, 1977.

titución», y ello «no sólo no prevén las normas generales, en efecto, ninguna forma de contrato forzoso para el transporte de mercancías por vía terrestre, de manera que la simple introducción de esta figura altera sustancialmente la legislación mercantil, sino que, de rechazo, esta introducción hace inaplicable a las agencias de transporte así obligadas a contratar con un transportista frente al que tienen reparos, la norma del artículo 379 del Código de Comercio, que subroga al comisionista frente al cargador en las obligaciones y derechos del porteador, pues esa norma carece manifiestamente de fundamento si el comisionista no puede elegir al porteador».

- La exigencia del transportista de asegurar la carga conforme a los módulos de la Ley Vasca —tras un amplio análisis de la institución— constituye «una modificación del contenido típico del contrato de transporte, su creación *ex lege* implica, sin duda, una modificación de la legislación mercantil, sustraída al legislador de la Comunidad Autónoma y, por lo tanto, constitucionalmente ilegítima».

5. *Las Comunidades Autónomas deben ejercer sus competencias legislativas conforme a la Constitución: el establecimiento de tributos está sometido a reserva de ley del propio Parlamento Autónomo, sin que pueda admitirse una deslegalización en esta materia*

La Ley Vasca de 12 de febrero de 1981 prevé la creación de un «canon de servicio» para financiar al Centro de Cargas y las Oficinas Delegadas, canon que, según el artículo 6.º, será fijado por el Gobierno vasco y, de acuerdo con el artículo 35, «su importe y forma de pago serán establecidos en el Reglamento». Ambos preceptos han sido declarados nulos por inconstitucionalidad, ya que, si bien el Tribunal Constitucional reconoce la competencia de la Comunidad Autónoma para instituirlos, es evidente que «la ley se limita a otorgar habilitación al Gobierno vasco para que éste determine todos los elementos de una tasa que como un canon por la prestación percibirá el Centro», habilitación que «constituye una deslegalización, una simple transferencia al Gobierno vasco de la atribución del Parlamento para crear tributos (y entre ellos tasas) de acuerdo con la Constitución y las leyes». Y en tal sentido, el Tribunal reconoce la estricta observación del principio de reserva de ley:

... la competencia debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las leyes, y la Constitución (arts. 31, 1 y 133, 2) exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiera, de manera que, aunque su establecimiento concreto quede remitido a una disposición reglamentaria, ésta haya de producirse dentro de los límites fijados por el legislador. La ley impugnada, que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente Reg'amento, según antes se señala, no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional.

6. *Las argumentaciones del voto particular a la sentencia*

La sentencia que comentamos va acompañada de un voto particular, suscrito por los excelentísimos Magistrados señores Díez PICAZO, Díez DE VELASCO y FERNÁNDEZ VIAGAS, que, si bien no rechaza la *ratio decidendi* del fallo — «no vemos inconveniente en admitir que, como dice la sentencia, lo que el artículo 149, 1, de la Constitución llama "condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales", pueda referirse también a las condiciones básicas que garantizan el cumplimiento y la observancia del artículo 38» — manifiesta su discrepancia (*dissenting opinions*) respecto a las consecuencias que de dicha premisa se derivan para la calificación del contenido de la libertad de empresa, en general, y para el ámbito concreto de la imposición de la libertad de contratación:

... mas, como de la inteligencia que nosotros hemos dado a este artículo (art. 38), se desprende que no exige la plena libertad de los empresarios concretos en todas las concretas situaciones en que pueden encontrarse, las condiciones básicas mencionadas en el artículo 149, 1 no quedan impedidas por el hecho de que se impongan obligaciones concretas a empresarios determinados en especiales sectores de la actividad económica que continúa rigiéndose por los criterios de la economía de mercado y, por no tratarse de condiciones básicas, no es precisa

su uniformidad en todo el territorio nacional. Entendemos por todo ello que la imposición de una obligación de contratar o de una contratación forzosa, como la que resulta en el caso debatido en esta sentencia, no atenta contra el principio de libertad de empresa, cuando tiene por objeto precisamente defender a los pequeños empresarios privados, como empresarios libres, y dar transparencia al mercado en que se mueve.

Las premisas en que se apoya este voto particular pueden esquematizarse del siguiente modo:

«El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica.»

«En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos.»

«Así entendida la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas.»

El artículo 38

«...establece los parámetros del orden económico, pero no las reglas jurídicas de libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la actividad económica. A nuestro juicio, no hay razón alguna para que los empresarios se encuentren en situación privilegiada respecto del resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concreta, pero no un ámbito de libertad total. De este modo, nosotros creemos que no todas las modificaciones de la concreta libertad de los empresarios se tienen que situar en el marco del artículo 38 de la Constitución, sino que se ubican en aquellos campos especiales a los que se refiere cada tipo de actividad.»

De este corolario, el voto particular deriva dos importantes consecuencias para la interpretación del artículo 38:

«...no significa, ni puede significar que, en cada una de las situaciones concretas en que pueda resultar limitada la libertad de actuación de un empresario, tenga que producirse una ley, ni que en cada limitación de la concreta libertad empresarial haya necesariamente una reserva de Ley.»

y

«...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. Como hemos dicho más arriba, el marco constitucional permite sistemas económicos diferentes, y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limiten la libertad de los empresarios, no alteran los términos del artículo 38.»

III. REFLEXIONES GENERALES

1. *Sobre la delimitación formal y material de las «condiciones básicas» que garantizan la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa*

Aun cuando toda la línea argumental de la sentencia se orienta a identificar el tipo de reserva de Ley (estatal o regional que, como garantía formal, corresponde a la libertad de empresa, sin penetrar en la problemática (6) de cuál sea el «contenido esencial» de dicha libertad (a efectos del art. 53.1), lo cierto es que esta delimitación de espec-

(6) Para un estudio de los diversos perfiles de la Libertad de empresa véase *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1981, en especial los trabajos de F. GARRIDO FALLA («Introducción general»), RAMÓN ENTRENA CUESTA («El principio de la Libertad de empresa») y MARTÍN BASSOLS COMA («La planificación económica»).

tos formales y materia'es de los derechos y libertades no puede mantenerse en toda su pureza. Y ello por cuanto, para identificar el tipo de «reserva de Ley», el Tribunal se ve obligado a acudir a un típico concepto material: «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149, 1, 1.º) (7). Esta conexión formal-material abre nuevos interrogantes: ¿hasta qué punto «condiciones básicas de igualdad de ejercicio de los derechos» es un concepto distinto de «contenido esencial»? ¿las «condiciones básicas» no deben formar parte siempre del «contenido esencial»? ¿cuáles son los parámetros que definen las «condiciones básicas»? Ante la trascendencia de estos interrogantes en la hermenéutica desarrollada en la sentencia parece conveniente formular algunas anotaciones:

a) La primera conclusión indubitada que se desprende de la sentencia es que la garantía de las «condiciones básicas» y su regulación por ley estatal afecta a toda clase de derechos y deberes constitucionales, tanto a los de la Sección 1 (arts. 15 a 29) como a los de la Sección 2 (arts. 30 a 38) del capítulo II del Título Primero de la Constitución. Y ello a pesar de que en este último capítulo se contemplan algunos derechos tan heterogéneos—por no ser comunes a todos los ciudadanos—como el de propiedad (art. 33), o el de libertad de empresa (art. 38), precepto que además deberá ser interpretado en conexión con los artículos 128 y 131. Ahora bien, habrá que entender que es precisamente esta garantía de las «condiciones básicas» la que desplegará su plena eficacia en relación a los derechos de la sección 2, por cuanto los derechos de la sección 1 sólo pueden regularse por Ley Orgánica (art. 81.1), que por esencia deberá atender a esta uniformidad de tratamiento (8).

(7) Sobre el tema en general véase J. LUIS CARRO: «Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149, 1, 1.º, de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 1, 1981, pp. 133 a 181; F. GARRIDO FALLA: «El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública* núm. 94, 1981, pp. 13-32.

Con directa referencia a las competencias económicas, S. MUÑOZ MACHADO: «Las competencias en materia económica del Estado y de las Comunidades Autónomas», en *La distribución de competencias económicas entre el Poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española* (obra dirigida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Madrid, 1980, pp. 360-382.

(8) Para J. L. CARRO: «Contenido y alcance», *op. cit.*, p. 150, la «ley específica del artículo 149, 11, con independencia de a qué Sección del Capítulo II se refiera, también ha de revestir forzosamente la cualidad de una ley orgánica».

b) A efectos del artículo 53, y en relación con los derechos y deberes de la Sección 2 (y en especial su art. 38), la doctrina de la sentencia admite que las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre el ejercicio de los derechos —y, consiguientemente, incidir en su «contenido esencial»—, pero con el límite de que las «condiciones básicas» de igualdad de ejercicio para todos los españoles sean fijadas por una ley estatal previa. Hipotéticamente, por lo tanto, cabe que una ley de una Comunidad Autónoma imponga limitaciones a la libertad de empresa *ex lege* —como las analizadas en la sentencia—, pero siempre sobre la base de la previa existencia de una ley estatal que disciplinará para todo el territorio la procedencia de tales obligaciones o exigencias. De todo ello se desprende que, a efectos de la reserva formal de ley (en su dimensión jerárquica: «ejercicio de derechos», «contenido esencial» y «condiciones básicas») son conceptos en principio deslindables.

c) Ante la inexistencia —como es el caso de la litis— de una ley estatal que fije las «condiciones básicas» que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de libre empresa, corresponde al Tribunal Constitucional delimitar el contenido de estas «condiciones básicas» y precisar cuándo las Leyes de las Comunidades Autónomas las invaden o infringen. Y el parámetro que elige el Tribunal para su verificación no es otro que «una modificación de las condiciones básicas en que es ejercida por el resto de los empresarios españoles», es decir, el principio de igualdad y de no discriminación por razón del lugar en que se ejerce la actividad empresarial. Ahora bien, entendemos que en el contexto material de la sentencia, estos parámetros no se refieren o no deben referirse —a pesar de que la terminología empleada por aquélla no lo matice suficientemente y, por ello, sea necesaria la precisión del voto particular— a toda la actividad empresarial en general y, abstractamente considerada, sino sólo al sector empresarial —transportes—, a que la misma se contrae.

d) La determinación de las «condiciones básicas» como garantía de uniformidad se opera en la sentencia con arreglo a criterios o módulos positivos y negativos. En relación a éstos últimos, se precisa que «condiciones básicas» no equivalen a «uniformidad de ordenamiento», ni que en igualdad de circunstancias «en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones» (especialmente en el ámbito del derecho privado). Al mismo tiempo se especifica que no toda incidencia, derivada de una norma territorial, que afecte a la libertad de circulación de bienes y personas —como es el transporte—

es por sí misma un «obstáculo», a efectos del artículo 139 de la Constitución, sino que deberá verificarse atentamente su propósito teleológico a las «condiciones objetivas» resultantes.

e) En orden a la delimitación positiva de las «condiciones básicas» de la libertad de empresa, la sentencia las cifra fundamentalmente en dos aspectos. Una de las «condiciones básicas» de la libertad de empresa consiste en la interdicción de la arbitrariedad de los órganos administrativos para imponer obligaciones legales que en otras partes del territorio no serían exigibles, no por el contenido mismo de la obligación—sobre cuya legitimidad no entra el Tribunal—, sino porque la norma de la Comunidad Autónoma las impone en base a apreciaciones discrecionales que sacrifican injustificadamente la libertad de contratación. En este extremo creemos que la sentencia es muy elogiabile, por cuanto define como uno de los contenidos de las «condiciones básicas» del ejercicio de los derechos la eliminación de un tratamiento discrecional por parte de la Administración, interdicción que se impone tanto para la Ley estatal como para la Ley de la Comunidad Autónoma. En última instancia, esta «condición básica» pasará a formar parte del «contenido esencial» del derecho a la libertad de empresa.

Mucho más discutible es la segunda delimitación positiva que lleva a cabo el Tribunal cuando afirma—renunciando o sacrificando la exploración de la incidencia del intervencionismo administrativo en la legislación mercantil y las modulaciones que ello comporta—que el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil en última instancia y como núcleo esencial irreversible desemboca o se resuelve en «las relaciones jurídicas-privadas» y que sólo la ley mercantil—materia reservada al Estado— «puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstos». Ello equivale a afirmar, con carácter genérico, que sólo la autonomía de la voluntad como libertad contractual, presupuesto de la legislación mercantil y del derecho privado, garantiza las «condiciones básicas» de la libertad de empresa y asegura una paridad de tratamiento de los empresarios en todas las partes del territorio nacional. Una vez más «las condiciones básicas» conforman o se transforman en materia propia del «contenido esencial» del derecho de libre empresa, si bien a costa de reducir esta libertad a un simple estatuto personal de los empresarios, lo cual dista mucho de agotar el contenido de la libertad de empresa (art. 38), y que justifican las reservas contenidas

en el voto particular. La reducción de la libertad de empresa al ámbito de las regulaciones jurídico-privadas de naturaleza mercantil facilita extraordinariamente la equiparación de la igualdad de ejercicio del derecho con la libre concurrencia en un mercado económico unitario confirmado abstractamente sin referencia a ninguna modulación territorial exigida por razones de un servicio público o de una necesidad de orden público económico.

f) A la vista de las conclusiones de la doctrina del Tribunal es lícito interrogarse sobre la especialidad de las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas—no ya si sus competencias son «exclusivas» o «compartidas», sino sobre su razón de ser— y si realmente existe diferenciación respecto a las facultades normativas—con independencia de su rango formal— de los entes locales (Municipios y Diputaciones). Efectivamente, si se admite la posibilidad de que, conforme al Estatuto Vasco—en el caso de la presente litis—, la Comunidad Autónoma pueda desplegar su energía institucional para la creación de un Centro de Contratación de Cargas a nivel regional para la satisfacción de un interés peculiar—en forma de servicio público o de ente público de intervención económica— resulta paradójico que sus posibilidades de estructuración se deban limitar a la pura materia administrativa interna del servicio, sin poder incidir en la imposición de limitaciones y cargas para disciplinar su funcionamiento externo en aquellas materias que típica y objetivamente se reputan derecho privado o mercantil, por presumirse que esta normatividad está reservada al Estado y *per se*—petición de principio que debería demostrarse y que la realidad de los hechos parece desmentir (9)—entraña una «condición básica» que garantiza la igualdad del ejercicio del derecho de libertad de empresa. La absoluta reserva de la materia privada y mercantil al Estado transforma a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas en una competencia puramente administrativa, de naturaleza organizativa y doméstica, sin capacidad para disciplinar (10) relaciones jurídico-administrativas con los administrados que incidan en limitaciones a su capacidad de obrar civil y mercantil (a *sensu contrario* habría que admitirse que si las favorecen o amplían o promocionan, serían admisibles). Desde esta perspectiva, se aprecia una similitud de la posición de las Comunidades Autónomas frente a la

(9) Como apunta G. U. RESCIGNO: *Corso di Diritto pubblico*, Bologna, 1980, «la igualdad jurídica en materia económica puede ser en algunos casos causa de la desigualdad económica», p. 619.

(10) Sobre la posibilidad de que las regiones puedan legislar en materia de Derecho privado en Italia vid. PALADIN: «La potesta...», *op. cit.*, pp. 98-107.

Ley estatal con la propia de los Municipios y Diputaciones; efectivamente, las entidades locales pueden intervenir en la actividad de los administrados, instituir servicios públicos o, incluso, municipalizarlos, pero para ello requieren la existencia de una ley previa estatal—ordinariamente, la Ley de Régimen Local—que para todos los municipios del territorio nacional discipline unitariamente la materia; a la autonomía municipal sólo se le reserva la decisión de crear el servicio o poner en marcha las facultades interventoras en la actividad privada.

Una división tan tajante entre el derecho público y el derecho privado como la sostenida en la sentencia puede ser extraordinariamente limitativa para la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas y, en última instancia, tampoco responde a la realidad de los hechos y al funcionamiento de las instituciones de intervención administrativa en la economía o para la defensa del orden público económico. Con esto no se defiende la idea de que las Comunidades Autónomas puedan crear minicódigos mercantiles regionales, sino simplemente la posibilidad de utilizar instrumentalmente medidas que incidan sobre instituciones de Derecho mercantil para la consecución de fines administrativos, sin alterar su esencia y sin que por ello se incida en «las condiciones básicas» del artículo 149, 1, 1.

2. *Control de la discrecionalidad legislativa y su apreciación como vicio de inconstitucionalidad. Distinción entre imperfecciones técnicas de la ley y normas de la misma que consagran una discrecionalidad en favor de la Administración que infringen el principio de igualdad*

Si bien la potestad legislativa es libre en cuanto a sus fines y en consecuencia dispone de una amplia gama de posibilidades para configurar su propia contextura normativa, siempre que respete, claro está, los límites formales y materiales de la Constitución, lo cierto es que en los diversos sistemas de Justicia constitucional se está ampliando el círculo de los vicios de inconstitucionalidad, incorporando las técnicas de cuño administrativo sobre la discrecionalidad o el exceso de poder, o bien la cláusula general sobre la racionalidad de la ley (*ragionevolezza*) (11). No podemos afirmar que en la sentencia que co-

(11) Sobre el tema, V. CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova, 1976, pp. 330-331, y en especial G. VOLPE: *L'ingustizia delle leggi*, Milán, 1977, páginas 272 y ss. Una referencia en la literatura española en A. GARRORENA MORALES: «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Politico* núm. 11, 1981, páginas 7-28.

mentamos existan bases suficientes para poder concluir que nuestro Tribunal Constitucional decididamente se orienta en esta dirección; sin embargo, en el texto de la sentencia cabe apreciar serios indicios de preocupación para eliminar normas contenidas en la Ley que consagran una amplísima discrecionalidad de la Administración encargada de aplicar la norma. Y ello no sólo como una abstracta función de profilaxis normativa formal —evitar la consagración en los textos de las leyes administrativas de cláusulas normativas discrecionales que pudieran dar lugar en su aplicación, por vía de reglamento o de acto administrativo, a actos contrarios a la Constitución—, sino como control de la norma en sí misma considerada en cuanto entraña por sus propios presupuestos una vulneración del principio de igualdad o una discriminación en el tratamiento. Con las salvedades expuestas, podemos pasar a examinar algunos de estos motivos de control:

a) En diversos pasajes de la sentencia se denuncian imperfecciones conceptuales y técnicas e incorrecciones terminológicas en el articulado de la Ley Vasca. Respecto a estos posibles vicios, mientras se mantengan en el estricto ámbito de la técnica legislativa y no influyan en una posible interpretación y aplicación contraria a la Constitución, el Tribunal se mantiene absolutamente al margen por cuanto declara que «no es competencia de este Tribunal; sin embargo, la de velar por la perfección técnica de las Leyes, sino sólo la de conocer que los asuntos que enumera el artículo 2.º de su Ley Orgánica para asegurar el sometimiento del poder a la Constitución, cuyo intérprete supremo es».

b) Distinta es la posición respecto a aquellos defectos o imperfecciones técnicas, conceptuales o de congruencia de la propia textura normativa de la ley en relación con sus fines institucionales, «imposibilidad de juzgar con exactitud cuál puede ser el contenido concreto de este acuerdo y su significado real»; ininteligibilidad de fórmulas como «autorizaciones de servicio o servicios complementarios», «destitución y reposición de empleados», como figuras desconocidas en nuestro Derecho; instituciones totalmente inadecuadas como «nombramiento y jubilación de empleados sujetos a legislación laboral», etc., pues si bien en estos casos no procede una declaración de invalidez en virtud del principio de «conservación de la Ley», el Tribunal cautelarmente advierte que rozan el límite de lo admisible y que podrán ser atacados «si en su concreción (a través de las perti-

nentes disposiciones reglamentarias o a través de los actos de aplicación) fueren interpretados y aplicados en sentido contrario a la Constitución». El Tribunal en estos supuestos salva la inconstitucionalidad de la Ley en la confianza de que a través de un desarrollo reglamentario de la Ley, o por una remisión al resto del ordenamiento jurídico, el precepto legal —potencialmente inconstitucional— podrá tener una aplicación general o singular conforme a la Constitución. Cuando esta compatibilidad es manifiestamente imposible de salvar, el Tribunal declara explícitamente la inconstitucionalidad, como ocurre en el supuesto del artículo 19 de la Ley Vasca respecto a la atribución a los Centros de Carga y sus Delegaciones para la censura de sus propias cuentas (art. 136 de la Constitución y preceptos de la Ley General Presupuestaria).

c) Cuando el vicio de inconstitucionalidad no deriva de la posible aplicación contraria a la Constitución, sino del propio contenido material de la Ley, el Tribunal se considera legitimado para la declaración de nulidad. Así, en relación con el artículo 29 de la Ley Vasca, al limitar a los ofertantes el no aceptar a un transportista cuando justifiquen los motivos de tal hecho ante el director gerente, «quien adoptará la decisión que, a su juicio, corresponda en cada caso, la cual resultará de obligado cumplimiento», el Tribunal entiende «es claro 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, colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en que se encontraría en cualquier otra parte del territorio español».

La apreciación de inconstitucionalidad del presupuesto de hecho de la norma no deriva de su aplicación, sino de su propia esencia normativa, ya que «habilita a la Administración para obligar a concertar un contrato determinado, forzando la voluntad de uno de los contratantes» e «impone a la libertad de actuación del ofertante de la carga unas limitaciones que no existen en el resto del país y que pueden afectar básicamente al ejercicio de su actividad, privándolo de la posibilidad de optar entre alternativas». La sentencia valora como motivo de inconstitucionalidad la situación regulada por la norma que se fundamenta en una atribución discrecional que da lugar a unos resultados discriminatorios para unos sujetos que deben ser tratados uniformemente y que se les priva de una facultad de elec-

ción, reconocida al resto de los empresarios. Para fundamentar esta inconstitucionalidad, la sentencia no apela explícitamente al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) —aunque implícitamente parece tenerlo en consideración—, sino al de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1.º).

3. *El principio de conservación de la Ley, declaraciones interpretativas de desestimación y efectos de la sentencia: referencia a la Ley Vasca 4/1982, de 31 de marzo, sobre adecuación de la Ley declarada inconstitucional a la sentencia*

Desde el punto de la problemática de Derecho procesal constitucional, la sentencia comentada presenta extremos de indudable interés doctrinal y de eficacia práctica a la vista de que el propio Parlamento vasco ha dictado recientemente la Ley 4/1982, de 31 de marzo, por la que, según su rúbrica, «modifica y cumplimenta la Ley 3/1981, de Centros de Contratación de Carga de Transportes Terrestres y Mercancías», con la finalidad, según su preámbulo, de «sin perjuicio de la adecuación de la Ley 3/1981, de 12 de febrero, a la citada sentencia de fecha 16 de noviembre, sup'ir las lagunas producidas en dicha ley a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus apartados, así como regular los aspectos referidos al patrimonio y financiación del organismo autónomo». A efectos de acotar la temática, debemos atender a los distintos pronunciamientos del fallo:

a) Como primer punto se estima la inconstitucionalidad y, consiguientemente, se declara la nulidad de los artículos 6 y 35 (relativos al canon de servicios), 34 (obligaciones de suscribir el seguro), 18, f) (en lo que afecta a la censura de cuentas), y la parte final del artículo 29 (relativo a la discrecionalidad del Gerente en orden a sus decisiones de obligado cumplimiento). Dichos preceptos, en virtud de este pronunciamiento, han desaparecido, lógicamente, del mundo jurídico y, en concreto, del ordenamiento positivo. El Parlamento vasco, a través de la Ley 4/1982, ha procedido a llenar este vacío normativo —simple «laguna», según su propia terminología— mediante una nueva redacción y adición de preceptos que en líneas generales responden al pronunciamiento del Tribunal: fijación concreta del régimen jurídico de la tasa por prestación del servicio (nuevos arts. 34-36), tipi-

ficando el objeto, cuantía, sujeto pasivo, devengo, destino, recaudación y gestión, remisión en cuanto a la obligación de contratar el seguro a «lo previsto en la legislación mercantil y posibilidad de que los ofertantes puedan no aceptar a un transportista», siempre y cuando justifiquen el motivo de tal hecho, en base a criterios que se establezcan reglamentariamente. En relación a este último punto, desaparece la eficacia de obligado cumplimiento de la decisión del Gerente, pero se remite al Reglamento la fijación de las causas justificativas de la no aceptación, dulcificándose la absoluta discrecionalidad del órgano administrativo que ostentaba en la primitiva redacción, aun cuando cabe la duda de si se ha seguido fielmente el propósito de la sentencia de garantizar la libertad de opción contractual.

b) En el segundo pronunciamiento del fallo se apela a la llamada técnica de la sentencia desestimatoria «interpretativa», «declarar que no son contrarios a la Constitución los artículos... en cuanto no sean interpretados en contradicción con la doctrina de la presente sentencia». No es la primera vez (12) que en su recentísima trayectoria el Tribunal acude a esta fórmula de las sentencias interpretativas o manipulativas, que tantas cuestiones suscitan en la práctica (13). Si bien la mayoría de los preceptos enumerados afectan a cuestiones de régimen administrativo y económico-presupuestario —algunas de ellas salvadas con la nueva redacción de la Ley—, se mantiene la perplejidad sobre las reglas contenidas en el artículo 25.1, a) y b), cuya correcta interpretación —que lógicamente deberá considerarse como «adherida» a la positividad del precepto— tantos interrogantes de inteligencia conceptual, sistemática y teleológica ha presentado al propio Tribunal como se desprende del examen efectuado de los Fundamentos de Derecho de la sentencia en las que se mezclan inseparablemente argumentos de *obiter dicta* y *ratio decidendi*.

c) El tercer pronunciamiento es «desestimación en el resto de sus pedimentos». Sin embargo, esta desestimación no habrá que entenderla de forma categórica, sino condicionada a «interpretaciones de desestimación» no incorporadas al fallo por aplicación del principio de

(12) Sentencia de 13 de febrero de 1981 (recurso 189/1980). Para un índice de las sentencias hasta ahora dictadas que inciden en este extremo *vid.* «Jurisprudencia constitucional», en *Revista de Derecho político* núm. 13, 1982, pp. 277-280.

(13) *Vid.* A. Pizzorusso: «Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano», en *El Tribunal Constitucional*, IEF, vol. I, pp. 277-296. En la literatura española, R. BOCANEGRA SIERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal constitucional*, IEAL, Madrid, 1982.

conservación de la ley. Efectivamente, en el pronunciamiento número 2 de desestimación interpretativa no se contienen menciones a muchos preceptos de la Ley que en los fundamentos jurídicos se salvan de la declaración de invalidez por presumir que en última instancia y más allá de su literalidad se remiten a conceptos o sectores del ordenamiento jurídico generalmente admitidos como conformes a la Constitución o a la legalidad ordinaria [como ejemplos pueden citarse los artículos 18.1; 19, *i*) y *h*), etc.]. Entendemos que, no obstante, su no incorporación al fallo, deberán también interpretarse conforme a la doctrina de la sentencia a pesar de su no eliminación del Derecho positivo.