

LAS LIBERTADES DEL EMPRESARIO SEGUN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN (*)

FRITZ OSSENBÜHL

[Traducción: MANUEL PULIDO QUECEDO y ULRIKE OSTER.]

SUMARIO: I. FUNDAMENTOS: 1. *Constitución económica y libertades económicas*. 2. *El lugar de la libertad empresarial en el Derecho constitucional.*—II. LA CONCEPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. *El derecho fundamental a la libertad profesional ex art. 12, 1, GG como modelo*. 2. *El art. 12, ap. 1, GG como «derecho fundamental de la pequeña y mediana empresa»*. 3. *La problemática de la perspectiva de «intervención»*. 4. *El esquema de argumentación del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania*. 5. «Puntos nucleares» y «puntos débiles» de la teoría de los tres niveles: a) *La cualificación por niveles*; b) *Intereses comunes legitimadores*; c) *Valoración.*—III. DISTINTOS SECTORES DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL Y LA POSIBILIDAD DE LIMITARLA: 1. *La libertad de fundación de una empresa y la libertad del acceso al mercado*: a) *Principio*; b) *Limitaciones objetivas de acceso*: a') *Monopolio dispuesto por el Estado*; b') *Régimen de competencia estatal*; c') *Fijación de contingentes*; c) *Condiciones subjetivas de admisión*; d) *Protección de la confianza*. 2. *Libertad de organización del empresario*: a) *Empresa y elección de emplazamiento*; b) *Forma de organización de la empresa*; c) *Formación y composición de órganos de la empresa*; d) *Centralización y descentralización*. 3. *Libertad de dirección de la empresa*: a) *Libertad de disposición*; b) *Libertad de producción*; c) *Libertad de inversión y desarrollo*. 4. *Libertad de la actividad en el mercado*: a) *Libertad de precios*; b) *Libertad de distribución y venta*; c) *Libertad de competencia y de publicidad*; d) *Libertad contractual*. 5. *Protección de la existencia de la empresa*: a) *Libertad profesional y garantía de la propiedad*; b) *Fundamentos de la garantía constitucional del derecho de propiedad*; c) *Protección de la integridad de la empresa*; d) *Protección de secretos comerciales e industriales.*—IV. EVALUACIÓN GENERAL Y PERSPECTIVA.

(*) Publicado en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 115, número 1, marzo 1990, con el título «Die Freiheiten des Untermehmers nach dem Grundgesetz». Agradecemos a la dirección de la citada revista, al editor y al profesor Ossenbühl la autorización para la publicación del texto traducido en la REDC.

I. FUNDAMENTOS

1. *Constitución económica y libertades económicas*

En la doctrina alemana de Derecho público se ha intentado, una y otra vez, asociar las libertades económicas de la *Grundgesetz* a una decisión fundamental para construir una noción de Constitución económica (1). El Tribunal Constitucional siempre se ha opuesto a estos intentos, haciendo referencia a la «neutralidad económico-política de la Constitución» (2). Como ocurre tantas veces, la verdad se encuentra en el término medio (*In der Mitte*). Por un lado, el pretender deducir de los derechos fundamentales un sistema de decisiones fundamentales para ámbitos determinados supone, de hecho, ir en contra de la realidad histórica. Los derechos fundamentales son el resultado de luchas históricas contra amenazas en el ámbito del individualismo, y, como tales, se han formado históricamente de forma independiente unos de otros. Cada derecho fundamental tiene su propia historia, que, muchas veces, incluso es diferente en los distintos países. Esto también es válido para los diferentes elementos y aspectos de las libertades de la actividad empresarial y económica. Por otro lado, la Constitución garantiza tanto la protección de la libre adquisición como la protección de lo ya adquirido (3). Con ello, y a través de diferentes garantías que derivan de los derechos fundamentales —de orígenes históricos y filosóficos distintos—, se ha sentado un modelo básico de economía competitiva que, ciertamente, es concebible de muchas formas diferentes. De todos modos, y sin menoscabo de la libertad del legislador de configurar la política económica, parece acertada la afirmación del Tribunal Constitucional de que «uno de los principios básicos de la actual Constitución económica es la libre competencia de los empresarios que crean oferta y demanda en el mercado» (4). Las libertades económicas de la Constitución no conforman una Constitución económica acabada, pero

(1) Véanse HANS-JÜRGEN PAPIER, «Grundgesetz und Wirtschaftsordnung», en *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, pp. 609; ULRICH KARPEN, *Wirtschaftsordnung und Grundgesetz*, 1979; HANS D. JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2.^a ed., 1984, pp. 77; PETER BADURA, *Grundprobleme des wirtschaftsverfassungsrechts*, JuS, 1976, p. 205.

(2) Véase BVerfGE 4, 7, p. 17; 7, 337, p. 400; 30, 292, p. 315; 50, 290, p. 336.

(3) Véase BVerfGE 30, 292, p. 335, en lo referente a la delimitación de los ámbitos de protección de la libertad profesional (art. 12, I, GG) y de la garantía de la propiedad (art. 14, I, GG).

(4) Véase BVerfGE 32, 311, p. 317.

resultan determinantes para el orden económico (5). Aunque, como todos los derechos fundamentales, apuntan en primer lugar a la protección del individuo, también tienen repercusiones importantes en la estructura y en la funcionalidad del orden económico en general.

2. *El lugar de la libertad empresarial en el Derecho constitucional*

La Constitución no contiene un derecho fundamental que garantice, expresa y específicamente, la «libertad del empresario» (6), sino que las distintas formas y contenidos de la actividad empresarial están cubiertas por varias garantías constitucionales, independientes entre sí (7). La libertad de profesión e industria (*Berufs- und Gewerbefreiheit*), según el art. 12, párrafo 1, GG, y la defensa del derecho de propiedad, según el artículo 14, párrafo 1, GG, se sitúan en un primer plano. La libertad de profesión e industria protege la iniciativa empresarial (autonomía de la voluntad y libertad de disposición), y el derecho de la propiedad garantiza la existencia de la empresa (empresa industrial) como base material de la actividad empresarial. El derecho fundamental concreto de la libertad de residencia (artículo 11, párrafo 1, GG) asegura la libre elección del emplazamiento de la empresa en el territorio de la República Federal. El derecho fundamental de la libertad de asociación (art. 9, párrafo 1, GG) garantiza el derecho de la formación de sociedades comerciales y capitalistas y el de concentraciones de empresas (consorcios, *holdings*) (8). Finalmente, la garantía de la libertad de actuación

(5) Véanse, por ejemplo, las interpretaciones de R. SCHOLZ, «Entflechtung und Verfassung», 1981, p. 85, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar*, art. 12, núm. 78 (edición de septiembre de 1981); H. H. RUPP, *Grundgesetz und «Wirtschaftsverfassung»*, 1974, p. 35; W. LEISNER, *Sozialbindung des Eigentümers*, 1972, p. 224 (acerca de las funciones micro y macroeconómicas de la propiedad privada), y G. RINCK/E. SCHWARK, *Wirtschaftsrecht*, 6.ª ed., 1986, marginal 62; BRAUER, «Freiheit des Berufs», en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, parágrafo 147, marginal 19, y *BVerfGE* 11, 168, p. 184.

(6) El Tribunal Constitucional sólo ocasionalmente utiliza el concepto de «libertad del empresario», p. ej., *BVerfGE* 50, 290, p. 363.

(7) Véase SCHOLZ, *op. cit.*, nota 5, numeral 123 y ss.; E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1953, p. 646, enumera 6 elementos de la «libertad de la actividad económica privada»: libertad industrial, libertad de establecimiento económico, libertad de asociación económica, libertad de propiedad económica, libertad económica de contratar, libertad de competencia.

(8) Véanse SCHOLZ, *op. cit.*, nota 5, art. 9, numeral 39 (ed. de agosto de 1979); PIEROTH/SCHLINCK, «Grundrechte», en *Staatsrecht*, II, 4.ª ed., 1989, numeral 814;

en general (art. 2, párrafo 1, GG) (*) abarca también la libertad de la actividad económica y la libertad de contratar, si éstas no están cubiertas ya por otros derechos fundamentales (10). Por tanto, ante la pregunta de quién puede disfrutar de los derechos fundamentales anteriormente mencionados que garantizan la libertad económica, es necesario dar una respuesta diferenciada. Algunos de los derechos fundamentales solamente se conceden a alemanes (la libertad profesional, la libertad de asociación, la libertad de residencia), mientras que, en lo referente a la libertad de propiedad y a la libertad general de actuación, también los extranjeros gozan de la protección de estos derechos fundamentales. Los extranjeros no tienen reconocido el derecho a la libertad profesional ni las libertades de asociación y de residencia; tampoco es posible reconocerles estas libertades por vía del «derecho fundamental comodín» del artículo 2, párrafo 1, GG (libertad general de actuación) (11).

No sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas gozan de las libertades económicas, en cuanto que les son aplicables (art. 19, párrafo 3, GG). Estas no solamente tienen la libertad de residencia (12) y la protección constitucional del derecho de propiedad, sino también el derecho a formar asociaciones (13) y ejercer el comercio o una industria, siempre que esta actividad pueda ser ejercida de la misma manera por una persona jurídica que por una persona física (14).

D. MERTEN, «Vereinsfreiheit», en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, parágrafo 144, marginal 39 y ss.; dubitativo: *BVerfGE* 50, 290, p. 355.

(*) (N. del T.): «Der allgemeinen Handlungsfreiheit» es traducido habitualmente como «libre desenvolvimiento de la personalidad». La traducción más literal de *libertad general de actuación* es, aquí, más apropiada.

(10) Véase *BVerfGE* 74, 129, pp. 151 y s.: acerca de la cuestión de la concurrencia de derechos fundamentales en el ámbito de las libertades económicas, TETTINGER, «Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *AöR*, 105, 1983, pp. 92 (pp. 129 y ss.); BREUER, *op. cit.*, nota 5, p. 96.

(11) Aunque el derecho fundamental de actuar en general (art. 2, párrafo 1, GG) les corresponde a los extranjeros y alemanes igualmente, no es posible que aquéllos adquieran una posición en lo referente a los derechos fundamentales que elimine la diferencia entre los derechos fundamentales para alemanes y aquellos para toda persona; véanse STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, 1988, p. 1040; PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, nota 8, numeral 135 y ss., acerca de la protección de los derechos fundamentales de extranjeros procedentes de la CEE; BREUER, *op. cit.*, nota 5, numeral 21.

(12) Véase DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar*, art. 11, numeral 42 (ed. de septiembre de 1970).

(13) Véase nota 8.

(14) *BVerfGE* 21, 261, p. 266; 22, 380, p. 383; 30, 292, p. 312; 50, 290, p. 363; 74, 129, pp. 148 y s.

Las personas jurídicas extranjeras quedan excluidas de la protección de los derechos fundamentales (art. 19, párrafo 3, GG) (15).

II. LA CONCEPCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El control de constitucionalidad sobre la conformidad de las leyes con los derechos fundamentales no se lleva a cabo, en principio, según el método de la subsunción, el cual se puede guiar por una premisa mayor (*Obersätze*) definida de forma clara y precisa. Al contrario, las garantías de los derechos fundamentales que proporciona la Constitución sólo ofrecen un concepto vago, que necesita ser concretizado (*Konkretisierung*) (16) por su parte y no puede presentar más que criterios para un control de razonabilidad, basado sobre todo en la comprobación y la evaluación de *legislative facts* (17). Antes de mostrar esto con ejemplos concretos es imprescindible verificar cuál es el esquema de argumentación del Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

1. El derecho fundamental a la libertad de profesión, ex art. 12, I, GG como modelo

Hasta cierto punto, el derecho de la libertad de profesión, ex art. 12, párrafo 1, GG, puede servir de modelo. El artículo 12, párrafo 1, GG es, en cierta manera, el principal derecho fundamental de la libre actividad económica. Por ello, la jurisprudencia en torno a este derecho fundamental es especialmente amplia, diversa, interesante e instructiva (18); contiene todos los modelos del pensamiento, principios de interpretación, lugares comunes de la argumentación (*Argumentationstopoi*) y procesos de ponderación importantes que también se aplican a los demás derechos fundamentales, particularmente al derecho de propiedad, el segundo pilar de la libertad económica. Entre estos elementos figura, sobre todo, el concepto personalista de los de-

(15) Acerca de las razones, véase STERN, *op. cit.*, nota 11, p. 1136.

(16) Véase H. HUBER, *Gedächtnisschrift für Imboden*, 1971, p. 191.

(17) Véase OSSENBUHL, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, p. 449 (p. 483).

(18) Véanse los informes de H. H. RUPP, «Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, p. 449 (p. 483).

rechos de libertad, la ponderación de los derechos de libertad frente a los intereses generales de la sociedad, el componente social de los derechos fundamentales, el papel predominante del principio de proporcionalidad en las sentencias sobre violaciones de derechos fundamentales y la importancia de la libertad de configuración del legislador democrático en el ámbito de las *economical questions*.

Todos estos elementos y componentes de la interpretación jurídica forman, conjuntamente, un esquema de argumentación que tiene la función de dotar al control de la constitucionalidad de decisiones estatales, en particular de las leyes, de la racionalidad necesaria en la jurisprudencia.

2. *El art. 12, ap. 1, GG como «derecho fundamental de la pequeña y mediana empresa» (*)*

a) En la «sentencia sobre las farmacias» (*Apothekenurteil*) del año 1958, que sentó unas bases claras, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad profesional es un derecho fundamental esencial para asegurar el desarrollo de la personalidad del individuo, y ha resumido su opinión en esta patética frase: «De este modo, el derecho fundamental adquiere importancia para todas las capas sociales; el trabajo como “profesión” tiene el mismo valor y la misma dignidad para todos» (20). También en sentencias posteriores se volvió a resaltar el rasgo fundamentalmente personal de la libertad profesional, subrayado desde el principio (21). «En su denominación, la doctrina personalista del derecho fundamental del Tribunal Constitucional hace referencia al concepto de libertad del idealismo alemán. En realidad, posibilita una configuración de los derechos fundamentales por el legislador conforme a los postulados del Estado social» (22).

b) En la práctica, sin embargo, la vertiente social de la libertad profesional, que forma parte del «enfoque personalista y de derecho individual» (23), ha sido poco relevante. El caso es que los esfuerzos por desarro-

(*) (*N. del T.*): La traducción literal del término *Mittelstandes* es de dificultosa traslación a nuestro Derecho. Literalmente, en ocasiones, se ha traducido como «clases medias». Aquí no parece apropiado y se traduce por «pequeña y mediana empresa». Una traducción similar fue realizada en el libro de N. REICH *Mercado y Derecho*, Ariel, 1985, p. 67 (traducción de Antoni Font).

(20) *BVerfGE* 7, 337, p. 397.

(21) Especialmente, en *BVerfGE* 50, 290, p. 363.

(22) P. BADURA, «El trabajo como profesión» (art. 12, párrafo 1, GG), en *Festschrift für Herschel*, 1982, p. 21 (p. 27).

(23) *BVerfGE* 50, 290, p. 363.

llar el artículo 12, párrafo 1, GG, y llevarlo a la práctica (24), no se han reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (25). Pero la razón de esto no reside en una supuesta indiferencia del Tribunal frente al trabajo dependiente, antes bien en la lógica de la construcción jurídica de la garantía de los derechos fundamentales y de su protección, la cual se dirige primordialmente contra el Estado o, a lo sumo, indirectamente, contra otros ciudadanos, especialmente contra el patrono (26).

c) En la praxis jurisprudencial, el derecho fundamental de la libertad profesional sigue siendo, en primer lugar, un «derecho fundamental de la pequeña y mediana empresa» (27).

Esto no es nada reprochable, ya que el Tribunal mismo no selecciona los casos y conflictos que ha de resolver. El caso es que la gran mayoría de los supuestos decididos por el Tribunal Constitucional tratan de reglamentaciones estatales e intervenciones en el ámbito de empresas o industrias medianas y de las llamadas profesiones liberales [p. ej., médicos, farmacéuticos, curanderos (*Heilpraktiker*), abogados, censores de cuentas, asesores fiscales, ingenieros, arquitectos] (28). Hasta la fecha, el Tribunal se ha tenido que ocupar en pocas ocasiones de las grandes empresas (p. ej., de importadoras de petróleo, empresas de más de 2.000 empleados, grandes almacenes, panificadoras, fabricantes de tabaco, grandes molinos). En estas circunstancias es absolutamente natural que las decisiones principales se refieran, en primer lugar, a conflictos del ámbito de las pequeñas y medianas empresas (29).

3. La problemática de la perspectiva de «intervención»

Una exposición de las libertades económicas, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, necesariamente presentará algu-

(24) Véase, al respecto, H.-P. SCHNEIDER, «Artikel 12 GG-Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», en *VVDSiRL* 43, 1985, p. 7 (p. 14).

(25) Una excepción es la débil referencia a la libertad profesional de los trabajadores en la sentencia sobre la cogestión, *BVerfGE* 50, 290, p. 363.

(26) Véase J. PIETZCKER, «Artikel 12 GG-Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», en *NVwZ*, 1984, 550, p. 554.

(27) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, numeral 29, con referencias.

(28) Véase *BVerfGE* 10, 354, p. 364 (concepto de profesión liberal); 33, 125 (médicos especialistas); 71, 162 (médicos); 7, 377; 17, 232; 38, 373; 50, 265; 75, 166 (farmacéuticos); 57, 121; 72, 26; 76, 171; 76, 196 (abogados); 78, 155; 78, 197 (curanderos); 64, 72 (ingenieros revisores de la estática de construcciones); 58, 282 (arquitectos).

(29) Véase L. FRÖHLER BEORG MÖRTEL, *Die Berufsbildfixierung im Handwerksrecht und die Frage ihrer verfassungsrechtlichen Problematik*, 1978, pp. 97. Una excepción es, por ejemplo, la sentencia sobre la cogestión: *BVerfGE* 50, 290.

nas distorsiones, pecará de cierta parcialidad e incluso de una falta de realismo. La causa de esto es la naturaleza del sistema de protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional sólo juzga aquellas violaciones de derechos fundamentales que se denuncian ante él. Esto sólo representa un sector de la realidad, y este sector, además, solamente es el área conflictiva, la «patología del poder estatal». Pasan inadvertidas todas aquellas leyes que limitan libertades y reglamentan actividades, pero que, por quietamiento, porque no es oportuno hacerlo o por otras razones, no se llevan ante el Tribunal. Pasa igualmente inadvertido aquel sinfín de leyes y ordenanzas (30) que, con su afán de reglamentarlo todo, corresponden al deseo, típicamente alemán, de tener una carrera profesional, una profesión de características claramente predefinidas, un examen a nivel de Estado y un título. Pero no cabe esperar que un esbozo de la interpretación del Tribunal Constitucional de la Ley Fundamental pueda proporcionar una imagen completa que refleje íntegramente la realidad de la libertad económica. Además, la perspectiva de la «intervención», por su visión inherentemente unidimensional del problema de los derechos fundamentales, en muchos casos reduce el problema a ciertos aspectos, ofreciendo, por ello, una imagen distorsionada. La doctrina alemana del Derecho administrativo ha desarrollado, ya hace tiempo, un concepto bien definido del acto administrativo con efectos frente a terceros (*Drittwirkung*), que favorece a unos y perjudica a otros (31). Por otra parte, si bien se ha reconocido la ambivalencia de actos legislativos que violan las libertades económicas, esto no se ha desarrollado conceptualmente. Lo que queda claro es la dificultad de que, con el concepto tradicional del efecto frente a terceros de los derechos fundamentales, se llegue a entender del todo la situación especial de las libertades económicas y su problemática. En la sociedad actual, en la que se divide el trabajo, la libertad profesional, más que ningún otro derecho fundamental, está inserta en un contexto de relación (32). Por ejemplo, la reglamentación de los horarios de apertura de comercios no se puede contemplar únicamente desde la perspectiva de la intervención estatal en la libertad profesional del comerciante. Están afectados en la misma medida los derechos de los empleados y, sobre todo, los derechos de los usuarios y consumidores, esto es, de toda la pobla-

(30) Véanse, por ejemplo, las 127 ordenanzas sobre la formación profesional (*Das Deutsche Bundesrecht*, Stand, August, 1988, Resumen III B, 70, x, a, p. 1).

(31) Véase ERICHSEN/MARTENS: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, p. 214.

(32) Véanse BREUER, *op. cit.*, nota 5, numeral 26; R. PISCHAS, *Berufsfreiheit und Berufslenkung*, 1973, p. 32; acerca de la problemática de la *Drittwirkung*, A. BLECKMANN, «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», en *DVBl*, 1988, p. 938.

ción, algo que en Alemania apenas se tiene en cuenta. En realidad, la intervención unidimensional Estado-comerciante se proyecta en relación poligonal sobre el Estado, el comerciante, el empleado y el consumidor. Cada uno de éstos quiere que se tengan en cuenta sus intereses y quiere ejercer su derecho (fundamental). ¡Pero esto no es todo! Las leyes de apertura de los comercios, las leyes sobre rebajas, prohibiciones de autoservicio, prohibiciones de publicidad y otras reglamentaciones tienen efectos ambivalentes en un mismo sector económico o entre diferentes sectores. A menudo, estos medios se utilizan deliberadamente para proteger a «la pequeña y mediana empresa» de la competencia de las grandes empresas (33) o para «proteger un sector comercial de competencia indeseada o desleal» (34). Por parte del Estado, todo esto se hace bajo el pretexto de salvaguardar el interés general. Seguramente esto es cierto, pero no hay que olvidar que el Estado no (sólo) limita las libertades económicas, sino que también las protege, guiándose por el interés general. El Estado protege las libertades, redistribuyéndolas «de forma justa». Ahora bien: en la medida que aumente el número de personas que viven y trabajan en un espacio reducido, la libertad se ve limitada. Por consiguiente, mayores serán los problemas de distribución y más tendrá que ceder la idea de libertad, en sentido liberal, frente a las modificaciones que exige un Estado social.

4. *El esquema de argumentación del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania*

En la ya mencionada sentencia del año 1958 sobre las farmacias, el Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado un esquema de argumentación para la aplicación del derecho fundamental de la libertad profesional de acuerdo con el artículo 12, párrafo 1, GG, según la cual se ha de establecer una relación entre libertad profesional e interés general que tenga en cuenta la gravedad de la intervención y el rango del interés común que se pretende proteger (teoría de los tres niveles) (35). En principio, este esquema se ha mantenido hasta la fecha, aunque se han ido precisando algunos puntos (36).

(33) *BVerfGE* 23, 50, p. 60 (prohibición de hacer pan por las noches, I); 21, 292, p. 299 (ley sobre rebajas); 19, 101, p. 184 (respecto al impuesto sobre sucursales); véase W. LEISNER, «Differenzierungen nach Betriebsgrösse, Grundrechtsprobleme bei Eingriff und Förderung gegenüber 'grösseren Betrieben'», en *DVBl*, 1989, p. 1025.

(34) Véase *BVerfGE* 65, 237 (protección de las empresas de taxis de la competencia de las de alquiler de coches).

(35) *BVerfGE* 7, 377.

(36) Véase B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, p. 57.

De acuerdo con este esquema, y partiendo del art. 12, párrafo 1, GG (37), el Tribunal distingue tres niveles de intervención en el derecho fundamental de la libertad profesional (uniforme en sí) (38): 1.º nivel: el ejercicio de la profesión; 2.º nivel: elección de la profesión, esto es, las condiciones subjetivas para acceder a ella (p. ej., edad, conocimientos específicos); 3.º nivel: elección de la profesión, o sea, condiciones objetivas para el acceso (p. ej., la creación de un monopolio estatal para cierta actividad, *numerus clausus*). Las intervenciones lícitas de la libertad profesional deben llevarse a cabo de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Sólo están permitidas en los niveles 2.º y 3.º si, para garantizar el interés común en cuestión, no son suficientes las reglamentaciones en el 1.º nivel (las que afectan el ejercicio de la profesión). Conforme subimos de nivel, se aplican unas normas más estrictas en cuanto a la justificación de la limitación de la libertad profesional. Las limitaciones de 1.º nivel (ejercicio de la profesión) ya son justificables si se basan «en motivos (consideraciones) razonables del bien común». No es difícil encontrar razones de este tipo. Por ello es muy difícil proceder contra regulaciones que limitan el ejercicio de una profesión bajo el aspecto del artículo 12, párrafo 1, GG. Condiciones previas subjetivas para la elección de la profesión deben estar justificadas por «bienes comunes especialmente importantes» (eminentes, de primer orden). Condiciones previas objetivas para la elección de una profesión, que son ajenas a la persona del candidato y cuyo cumplimiento no depende de éste, solamente son lícitas si sirven a la «protección de peligros graves y comprobables para un bien común eminentemente importante». Este esquema de argumentación sólo en parte se refleja en el texto del artículo 12, párrafo 1, GG. Después de treinta años de buen funcionamiento, se considera hoy (39) un gran mérito por parte del Tribunal Constitucional Federal el haber interpretado y concretizado el texto escueto del artículo 12, párrafo 1, GG, de manera precisa en un instrumento de control de constitucionalidad aplicable. Sin embargo, la teoría de los tres niveles también tiene sus puntos débiles. Es preciso tener presentes estos puntos débiles para poder apreciar el mérito y las limitaciones de la teoría de tres niveles como esquema de control.

(37) Art. 12, párrafo 1, GG reza así: Todos los alemanes tendrán derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley.

(38) Para más especificaciones, SCHLINK, *op. cit.*, nota 36.

(39) Véase, p. ej., BREUER, *op. cit.*, nota 5, parágrafo 148, numeral 8; H.-J. PAPIER, «Art. 12 GG-Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», en *DVBl*, 1984, p. 801 (p. 804).

5. «Puntos nucleares» y «puntos débiles» de la teoría de los tres niveles

Como todas las construcciones jurídicas, la teoría de tres niveles contiene puntos cruciales, o sea, elementos donde el razonamiento se decanta por una u otra tendencia, y contiene «puntos débiles», esto es, elementos en los que el razonamiento jurídico se vuelve menos verificable para la razón y se aproxima más a decisiones arbitrarias y valoraciones políticas. En algunos casos, los puntos cruciales son, al mismo tiempo, los puntos débiles.

a) *La cualificación por niveles*

La clasificación de una regulación profesional, como perteneciente a uno de los tres niveles, determina si es lícita o no, porque el nivel determina la importancia que debe tener la justificación en la cual se basa la limitación. Aquí, sin embargo, surgen dificultades considerables que resultan del hecho de que no siempre es posible distinguir claramente entre el ejercicio de una profesión (1.^{er} nivel) y la elección de una profesión (2.^o y 3.^{er} niveles). Por sus consecuencias reales, las regulaciones del ejercicio de una profesión pueden llegar a tener tal impacto, que también afecten al nivel de la elección de la profesión (40). En ese caso no es suficiente justificar la intervención con cualquier consideración razonable fundada en el bien común, sino únicamente cuando los intereses generales son tan importantes que prevalecen sobre la libertad profesional del empresario. La clasificación en uno de los niveles es mucho más problemática si se determina por imágenes fijas de profesiones y la delimitación entre éstas. En principio, la libertad profesional no sólo protege las profesiones tradicionales, sino también otras más atípicas (41). No obstante, sólo es posible diferenciar entre las fases de elección y de ejercicio de la profesión si existe una imagen concreta de esta profesión. Así, verbigracia, si «la cesión de mano de obra en la construcción» (*Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe*) no es una profesión independiente, sino que forma parte de la profesión, más amplia, de la «cesión de mano de obra», entonces la prohibición de la «cesión de mano de obra en la construcción» no afecta a la elección de la profesión (42), sino sólo a su ejercicio, con la consecuencia de que resulta relativamente fácil justificar dicha prohibición. Por consiguiente, el legislador puede limitar la libre elección de la profesión

(40) Véase *BVerfGE* 11, 30, p. 42; 16, 147, p. 167; 61, 291, p. 311; 77, 85, p. 106.

(41) *BVerfGE* 7, 37, p. 397.

(42) *BVerfGE* 77, 85, p. 105.

en este ámbito mediante el establecimiento de imágenes fijas de una profesión (43). Es una cuestión muy controvertida hasta qué punto el legislador tiene el derecho de definir estas imágenes (44).

b) *Intereses comunes legitimadores*

Para poder justificar limitaciones de la libre elección de la profesión el fin que persigue el legislador con la ley reguladora tiene que ser la protección de «bienes comunes» cualificados (45). Estos bienes comunes sólo se pueden utilizar como criterios para la decisión si se basan en la Ley Fundamental. Pero eso no es lo que ocurre en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (46). Este simplemente verifica la razonabilidad de los motivos del legislador, sin exigir que éstos se basen en la Ley Fundamental. Algunos de estos «bienes comunes» presentan un alto nivel de abstracción y están formulados de tal manera, que, a veces, resulta difícil ver una conexión racional con la intervención del legislador en cuestión. Como razones legitimadoras figuraron, por ejemplo, la conservación y protección de un alto nivel profesional del artesanado (47), la protección contra el trabajo nocturno perjudicial para la salud (48), la seguridad del abastecimiento de energía (49), la salvaguardia de la provisión de víveres para la población (50), la protección de los viticultores nacionales y de su capacidad de producción (51), la protección de los ciudadanos que buscan justicia (52), la garantía de la estabilidad económica de la seguridad social (53), la garantía de un mercado de trabajo ordenado y una situación estable de los empleados (*abhängig Beschäftigte*) en cuanto al derecho laboral y la seguridad social (54), la salud pública (55), el

(43) *BVerfGE* 13, 97, p. 98; 75, 246, p. 264 (supresión de la profesión de consultor jurídico general).

(44) Véase FRÖHLER/MÖRTEL, *op. cit.*, nota 29.

(45) El Tribunal Constitucional califica los «bienes comunes», p. ej., mediante los siguientes atributos: «especialmente importante»; «eminente»; «de gran importancia»; «eminentemente importante» (véase *BVerfGE* 54, 301, p. 314; 75, 246, p. 267; 77, 84, p. 107).

(46) Véase SCHLINK, *op. cit.*, nota 36, p. 52.

(47) *BVerfGE* 13, 97, p. 113.

(48) *BVerfGE* 23, 50, p. 57; 41, 360.

(49) *BVerfGE* 30, 329, p. 323.

(50) *BVerfGE* 25, 1, p. 16.

(51) *BVerfGE* 27, 1, p. 22; 51, 193, p. 210.

(52) *BVerfGE* 75, 246, p. 267.

(53) *BVerfGE* 70, 1, pp. 26 y 30; 77, 84, p. 107.

(54) *BVerfGE* 77, 84, p. 107.

(55) *BVerfGE* 78, 179, p. 192.

restablecimiento rápido y seguro de enfermos asegurados (56), la salvaguardia del funcionamiento de la Administración de Justicia tributaria (57), la garantía de la estabilidad económica del seguro obligatorio contra la enfermedad (58), la protección de animales salvajes, sobre todo aquellos en vías de extinción (59), etc.

c) *Valoración*

La teoría de los tres niveles no es más que un esquema de argumentación. Los puntos de referencia de este esquema y los criterios de decisión son imprecisos. Hay que añadir, además, que no existen normas concretas para hacer una ponderación necesaria de la gravedad de la limitación de la libertad profesional y de la importancia del fin perseguido por el legislador según el principio de proporcionalidad. Esta falta de método jurídico fiable es compensada, al menos en parte, por una argumentación que se guía, sobre todo, por la tradición, los usos y la costumbre, y que se basa en los *legislative facts*, en los cuales es preciso profundizar más cuanto más importante sea la intervención. Esto significa que también aquí la jurisdicción constitucional tiene que mantener el difícil equilibrio entre Derecho y Política.

III. DISTINTOS SECTORES DE LA PROTECCION DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL Y LA POSIBILIDAD DE LIMITARLA

1. *La libertad de fundación de una empresa y la libertad del acceso al mercado*

a) *Principio*

Como principio, el artículo 12, párrafo 1, GG también protege la «libertad empresarial» en el sentido de la libre fundación y gerencia de empresas (60). En principio, aquí no se diferencia entre pequeñas y medianas empresas por una parte y empresas grandes y consorcios por otra. Sin embargo, en el caso de las grandes empresas, se pierde, en gran medida, el componente personal y de derecho individual de la libertad profesional. En las grandes

(56) *BVerfGE* 78, 155, p. 162.

(57) *BVerfGE* 21, 172, p. 179; 54, 301, p. 315; 69, 209, p. 218.

(58) *BVerfGE* 69, 193, p. 219; 70, 1, p. 29.

(59) *BVerfGE* 61, 291, p. 312.

(60) *BVerfGE* 50, 290, p. 363.

empresas, la función social de la libertad empresarial alcanza especial relevancia. Esto es importante para el margen de libertad de disposición del legislador (61).

b) *Limitaciones objetivas de acceso*

No son frecuentes las prohibiciones de acceso que tienen el efecto de una interdicción total de la profesión. A menudo también las condiciones objetivas de admisión no son obstáculos insalvables, sino impedimentos difíciles de superar.

a') *Monopolio dispuesto por el Estado*

Una prohibición total de una profesión la supone un monopolio decretado por el Estado, que puede aparecer bajo diversas formas (62). Uno de los monopolios admitidos por el Tribunal Constitucional Federal es el de las Oficinas de Empleo, y no solamente para trabajos corrientes, sino también para «altos ejecutivos de la industria» (63). Hay que precisar, sin embargo, que el Tribunal ha declarado inconstitucional la extensión del monopolio a los contratos de cesión de mano de obra (*leasing* de personal) (64). Es un tanto dudoso el razonamiento por el cual el Tribunal declara constitucional el monopolio del tradicional seguro inmobiliario, que existe aún en algunos de los Estados federados (65). Ya desde el año 1871, el monopolio de los Correos Federales Alemanes no se extiende a la expedición de paquetes (66). Una ley reciente ha limitado el monopolio de telecomunicaciones a la red y los servicios telefónicos (67). Los demás servicios de telecomunicación se han abierto al mercado. La opinión mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia es la de ver con ojos críticos la monopolización de la economía.

(61) *BVerfGE* 50, 290, p. 363.

(62) P. ej., en forma de monopolio financiero (es decir, el monopolio de aguardiente, el monopolio de fósforos), en forma de monopolio administrativo (es decir, oficinas de empleo, seguro inmobiliario), como la conexión o utilización obligatoria de empresas o instalaciones públicas (es decir, en instalaciones municipales), en forma de monopolios privados (es decir, el monopolio del deshollinador del distrito, el monopolio de inspección técnica de lo TÜV).

(63) *BVerfGE* 21, 245.

(64) *BVerfGE* 21, 261.

(65) *BVerfGE* 41, 206; crítico, BREUER, *op. cit.*, nota 5, parág. 148, numeral 65.

(66) Acerca de este tema, P. BADURA, «Der Paketdienst der Deutschen Bundespost», en *Jahrbuch der Deutschen Bundespost*, 1977, p. 76 (p. 102).

(67) Véase el artículo 3 de la Ley sobre la estructura de Correos (*BGBI* I, 1989, p. 1026).

b') *Régimen de competencia estatal*

Poco eficaz es, sin embargo, la protección de la libertad empresarial frente al régimen de competencia por parte del Estado (68). «El artículo 12, párrafo 1, no protege de la competencia y tampoco de la competencia de mano pública. La Ley Fundamental no reserva a la economía privada la exclusividad en las actividades económicas (69). Sin embargo, es concebible la «intervención estatal a través de la concurrencia» (70), porque también «la empresa estatal no es empresa, sino Estado» (71). No sólo es anticonstitucional la «competencia aniquilante», a través de la cual el Estado se hace con un monopolio de hecho mediante la eliminación de la economía privada (72), sino también la «competencia de suplantación», a través de la que se expulsan del mercado grupos enteros de profesiones, sin que haya una finalidad pública que lo legitime (73).

c') *Fijación de contingentes*

Ocurre con frecuencia que el Estado dirige el mercado fijando contingentes y prescribiendo «comprobaciones de necesidad» (*Bedürfnisprüfung*) para determinados sectores comerciales. Esto es válido sobre todo en el área del transporte de viajeros y del transporte de mercancías a larga distancia. La autorización del establecimiento de líneas de transportes regulares en el transporte profesional de viajeros depende de la existencia de la necesidad (de transporte) correspondiente. Esta comprobación de necesidad tiene la función de salvaguardar «el funcionamiento seguro y duradero del tráfico», entre otros, por «motivos de política general y razones de política económica y social» (74). Por ello está justificada frente al artículo 12, párrafo 1, GG. Y aquí, la justificación se amplía en otro punto, el cual, en una decisión posterior, constituiría el argumento principal para la legitimación de la intervención estatal en la libertad profesional: la protección de toda competencia de los Ferrocarriles Federales como empresa estatal que se encarga del transporte ferroviario. Esta protección de la competencia es la justificación de la

(68) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, párrafo 148, numeral 65.

(69) *BVerfGE* 39, 329, p. 336.

(70) Véase OSSENBUHL, *Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost*, 1980, p. 80, con referencias.

(71) H. KRÜGER, «Das Staatsunternehmen - Ort und Rolle in der Marktwirtschaft», en *ZBR*, 1979, p. 157.

(72) Véase OSSENBUHL, *op. cit.*, nota 70, p. 120.

(73) Véase OSSENBUHL, *op. cit.*, nota 70, p. 117; PAPIER, *op. cit.*, nota 12, p. 626.

(74) *BVerfGE* 11, 1686, p. 184; el caso del transporte ocasional por taxis o coches alquilados es algo diferente (p. 185).

fijación de contingentes máximos en el transporte de mercancías, ya que el «funcionamiento y la rentabilidad de los Ferrocarriles Federales» son un «bien común sumamente importante» (75). La Ley sobre molinos, del año 1957, preveía un impedimento temporal de acceso mediante la prohibición de nuevas construcciones (76). Esta interdicción pretendía la reducción de una sobrecapacidad estructural para evitar la concentración en pocas zonas de grandes molinos, que pondría en peligro el abastecimiento en épocas de crisis o de guerra. En la sentencia sobre farmacias del año 1958 (77), tantas veces citada, el Tribunal Constitucional ha rechazado como inconstitucional la comprobación de necesidades y ha acertado con su predicción de que no se producirían los peligros para la salud pública vaticinados por el Gobierno (78). Sentencias anteriores del Tribunal Administrativo sobre la comprobación de necesidad en el derecho regulador de los establecimientos de hostelería (*Gaststättenrecht*) muestran la misma tendencia (79).

c) Condiciones subjetivas de admisión

Las condiciones subjetivas de admisión (p. ej., conocimientos específicos, fiabilidad, edad mínima o máxima, solvencia, base financiera) están basadas en el ambiente individual de vida y el riesgo del empresario (80). Es digno de señalar que la regulación de condiciones subjetivas de acceso es un elemento del orden jurídico de la imagen de la profesión, fijada a su vez por el legislador (81). Según las palabras del Tribunal Constitucional, por esta razón es posible proteger también, mediante condiciones subjetivas de admisión, aquellos valores comunes que «sólo resultan de determinadas ideas y objetivos de la política económica y social» (82). De esta forma es el mismo legislador el que fija los criterios («protección de bienes comunes» como razón legitimadora de intervenciones en la libertad profesional) que se utilizan como parámetros constitucionales para el control de leyes. No sólo la Ley Fundamental, sino también el legislador, al que se quiere controlar, determina la medida y el resultado del control por parte del Tribunal Consti-

(75) *BVerfGE* 40, 196, p. 218; aparte de éste, otro «bien común» mencionado es «la mejora de la seguridad en las carreteras» (p. 221).

(76) *BVerfGE* 25, 1, p. 15.

(77) *BVerfGE* 7, 177.

(78) Véase, acerca de la evaluación de las decisiones del Tribunal Constitucional, K. JÜRGEN PHILIPPI, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1971.

(79) Véase *BVerfGE* 1, 48, p. 449; 1, 269, p. 270; 3, 30, p. 305.

(80) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, párrafo 148, numeral 38.

(81) *BVerfGE* 7, 377, p. 406.

(82) *BVerfGE* 7, 377, p. 406.

tucional. Esta consecuencia, que ha sido criticada (83) en muchas ocasiones, ha ocasionado decisiones muy controvertidas. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha estimado constitucional la «prueba superior de capacitación» (*grosser Befähigungsnachweis*) prevista por la ley [exigencia del examen de maestría (*Meisterprüfung*)], porque sirve al «mantenimiento del nivel profesional y la capacidad de los oficios y garantiza la renovación de personal de toda la economía privada» (84). Por otra parte, el Tribunal ha declarado inconstitucional la «comprobación de conocimientos profesionales» (*Sachkundenachweis*) del comercio al por menor, previsto por la ley, porque debería «servir en primer lugar a los intereses de la profesión misma, al mantenimiento de su capacidad y a su prestigio social» (85). Es difícil comprender por qué se habría de proteger a los oficios y no al comercio al por menor. En última instancia, «la antigua tradición jurídica» de los oficios ha desempeñado un papel decisivo para la conservación del examen de maestría (86).

d) *Protección de la confianza*

Intervenciones legales en la libertad profesional afectan de forma más intensa a los que ya ejercen la profesión que a aquellos que todavía están por comenzar una determinada actividad económica. Por esta razón, el principio de la proporcionalidad, propio de un Estado de Derecho, y la protección de confianza obligan constitucionalmente al legislador a establecer una reglamentación transitoria razonable (87).

(83) Véase, p. ej., RUPP, *AöR* 92, 1967, pp. 211 y 234; P. HÄBERLE, «'Gemeinwohlsjudikatur' und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 95, 1970, pp. 86 y 101; HELMUT LECHER, «Art. 12 GG-Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», en *VVDStRL* 43, 1985, p. 48 (p. 53).

(84) *BVerfGE* 12, 97, p. 107.

(85) *BVerfGE* 19, 330, p. 339.

(86) *BVerfGE* 19, 330, p. 341. Acerca del argumento de la tradición jurídica, también *BVerfGE* 17, 232, p. 243: «Verbot des Nebenbetriebs im Apothekenrecht». Remarcable también, *BVerfGE* 21, 150, p. 158: «mantenimiento y garantía de la viticultura» como justificación de la limitación de cultivo.

(87) *BVerfGE* 21, 173, p. 183 (asesores fiscales apoderados); 22, 275, p. 276 (asesores fiscales); 25, 236, p. 248 (dentistas); 31, 275, pp. 284 y 289 (derecho de autor); 32, 1, p. 22 (examen de segundo grado); 36, 281, p. 293 (derecho de patentes); 43, 242, p. 288 (Ley de Hamburgo sobre las Universidades); 44, 1, p. 21 (derecho de parejas no casadas y sus hijos); 50, 265, p. 274 (asistentes de farmacias); 59, 1, p. 29, y 71, 138, p. 144 (cotos privados de pesca); 75, 246, p. 278 (consultores jurídicos).

2. Libertad de organización del empresario

Una parte de la libertad empresarial es la libertad de organización (88). Adquiere una importancia especial por el hecho de que la organización de una empresa es al menos muy importante o incluso decisiva para el éxito económico.

a) Empresa y elección de emplazamiento

El empresario le da el nombre (razón social) a la empresa. El nombre le proporciona la identidad a la empresa y generalmente es importante para la publicidad. El derecho de llevar a cabo una actividad económica bajo el propio nombre forma parte del derecho personal, garantizado por los artículos 2, párrafo 2, y 1, párrafo 1, GG (89). También la libre elección del emplazamiento de la empresa y el establecimiento en algún lugar con fines económicos son partes fundamentales de la libertad empresarial. Para algunas de las llamadas profesiones liberales, la ley dispone la obligación de residencia (90), lo que, como regulación del ejercicio de una profesión, no cuenta con demasiados problemas de ser considerado conforme con la Constitución (91). Pero también existe la posibilidad de incidir indirectamente en el emplazamiento de las empresas. Por ejemplo, la ya mencionada prohibición de la construcción o ampliación de molinos del año 1957 pretendía evitar la concentración de grandes molinos en pocos lugares (92).

(88) Véase SCHOLZ, *op. cit.*, nota 5, art. 12, numerales 124 y 185.

(89) BVerfGE 71, 183, p. 201 (la prohibición de publicidad para médicos no incluye la obligación de no hacer mención del nombre de un médico como propietario de un sanatorio); por otra parte, la prohibición de actuar bajo el nombre propio [por ejemplo, la prohibición *de iure* de una empresa como sociedad de abogados («empresa de abogados»)] puede ser un impedimento de la libertad profesional. En cuanto cambien los socios por muerte o porque alguno deja la sociedad, el nombre cambia, de modo que no es posible crear un prestigio relacionado con la empresa. Por ello está justificada la reivindicación de que se admitan «empresas de abogados».

(90) P. ej., para abogados, consultores de patentes.

(91) Véase BVerfGE 65, 116, p. 126 (consultores de patentes). Es suficiente que, en interés de la Administración de Justicia, se pretenda salvaguardar la relación reglamentaria entre los ciudadanos, los tribunales y las autoridades por una parte y el consultor de patentes por otra.

(92) BVerfGE 25, 1.

b) *Forma de organización de la empresa*

No existe un «derecho a una determinada forma de organización interna en la empresa» (93). El legislador tiene el derecho de tipificar las formas de organización de empresas (94). No obstante, la libertad empresarial dirige y limita esta facultad de tipificación. Las formas de empresa deben dejar el espacio suficiente para el desenvolvimiento de la actividad empresarial. Dentro del marco de las posibles formas de la empresa existe la posibilidad de asociación empresarial (consorcios, *holdings*), al igual que la elección de una organización que sea independiente de los consorcios, en forma de pequeña o mediana empresa (95). También los consorcios gozan de libertad empresarial. «Por ello forma parte de la libertad empresarial la dirección del consorcio, el determinar la estructura del mismo, decidir la forma de organización y, de este modo, disponer el campo de actividad económica según sus planes» (96). Para las llamadas profesiones liberales, las limitaciones de la libertad de organización resultan, sobre todo, de la prohibición de formar sociedades (97).

c) *Formación y composición de órganos de la empresa*

La constitución interna de las empresas es de importancia crucial, en especial la determinación del número, la estructura y la designación de los cargos de los órganos de las empresas que toman las decisiones importantes.

(93) H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Bd. I, 1980, p. 698.

(94) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, parágrafo 147, numeral 62.

(95) *BVerfGE* 30, 292, p. 312.

(96) *BVerfGE* 14, 263, p. 282.

(97) Véase *BVerfGE* 54, 237, p. 249 (prohibición de la formación de sociedades entre notarios abogados [*Anwaltsnotare*] y censores de cuentas); 60, 215, p. 229 (prohibición de la formación de sociedades entre asesores fiscales y personas ajenas a esta profesión (p. ej., matemáticos de seguros); *BVerfGE NJW*, 1989, p. 2611 (prohibición de la formación de sociedades de notarios abogados y asesores fiscales). Es controvertida la cuestión de sociedades de abogados domiciliados en diferentes ciudades; acerca de este tema, p. ej., *BGH, NJW*, 1981, p. 2477; H.-CH. SALGER, «Überörtliche Anwaltssozietäten in Deutschland», en *NJW*, 1988, p. 196; W. FEUERICH, «Die überörtliche Anwaltssozietät», en *AnwBl*, 1988, p. 360. Además, para la asociación en profesiones liberales, siempre y cuando es lícita, existe la obligación de elegir una forma jurídica: abogados, veterinarios, dentistas y médicos sólo pueden cooperar con otros bajo la forma de una sociedad civil. Para farmacias también existe la posibilidad de organizarse en forma de una sociedad colectiva. Asesores fiscales y censores de cuentas también pueden formar sociedades comanditarias, limitadas y anónimas; véase L. MICHALSKI, «Die freiberufliche Zusammenarbeit im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Berufsrecht», en *AnwBl*, 1989, p. 65 (p. 67).

Esta problemática ha desempeñado un papel decisivo en la sentencia sobre cogestión del Tribunal Constitucional (*Mitbestimmungsurteil*) (98). La constitucionalidad de los consejos de vigilancia de composición paritaria en grandes empresas se considera tanto desde el punto de vista de la libertad profesional (art. 12, párrafo 1, GG) como desde el derecho de propiedad (artículo 14, párrafo 1, GG). Esto fue admitido en la sentencia sobre cogestión porque se constató una ligera ventaja, para el empresario, en el mecanismo de decisión afectado por la cogestión. Resalta que los accionistas no deben perder «el control sobre la elección de la dirección de la empresa» y que deben conservar el «derecho último de decisión» (99). También es concebible que la imagen de la profesión en cuestión influya en la composición de los órganos de la empresa (100).

d) *Centralización y descentralización*

La organización de una empresa tiene que tener la posibilidad de encontrar la justa medida entre centralización y descentralización. También esto es una parte esencial de la libertad empresarial. Por ello no es lícito un impuesto especial sobre las filiales de una empresa, aunque la idea que está en la raíz de esta medida, «la protección de la pequeña y mediana empresa», es legítima en sí (101). Por otra parte, el impuesto especial sobre el transporte interno de una empresa a larga distancia (102) se ha justificado como medida de dirección económica, aduciendo que es necesario «para la protección del tráfico en su conjunto» (103).

(98) *BVerfGE* 50, 290.

(99) *BVerfGE* 50, 290, p. 350.

(100) *BVerfGE* 50, 21, p. 227 (p. 232): Una sociedad de asesoramiento fiscal organizada como S. L. o S. A. tiene que estar bajo la dirección de un asesor fiscal (exclusión de apoderados fiscales).

(101) *BVerfGE* 19, 101, p. 114. El Tribunal Constitucional constata una infracción del artículo 3, I, GG porque no se ha diferenciado correctamente entre cadenas de comercios y grandes empresas del comercio al detalle e indica que probablemente esta diferenciación no es posible. En cambio, existe la prohibición de instalar sucursales en algunas profesiones liberales (abogados, notarios, farmacéuticos, ingenieros, topógrafos).

(102) «El transporte interno a larga distancia» es todo transporte de bienes para fines propios de una empresa, fuera de la llamada zona cercana (menos de 50 Km.).

(103) *BVerfGE* 16, 147. Acerca de los impuestos especiales sobre el transporte de mercancías por carretera en general, *BVerfGE* 38, 61.

3. Libertad de dirección de la empresa

Otro elemento de la libertad empresarial es la libertad de dirigir y desarrollar la empresa, libremente fundada y organizada, de acuerdo con las propias ideas, planes, evaluaciones y decisiones. Respecto a esto hay que señalar los siguientes aspectos:

a) Libertad de disposición

La libertad de disposición abarca, sobre todo, la libre planificación económica, la política de personal y la disposición de los medios de producción. Desde el punto de vista constitucional, han desempeñado un papel particularmente importante las limitaciones legales del derecho de disponer libremente sobre los medios de producción y sobre el personal (104). Una parte considerable de la política social y el dirigismo económico, así como la redistribución relacionada con ambas no se lleva a cabo a través del presupuesto del Estado, sino que se realiza mediante la asignación, por ley, de beneficios y de las cargas correspondientes, directamente entre trabajadores y patronos (105), entre distintos sectores económicos (106) o entre empresas «ricas» y «pobres» (107). Estas redistribuciones siempre suponen intervenciones en la gestión empresarial de un grupo de empresas más o menos grande. En el ámbito de la situación de los empleados, esto es cierto, por ejemplo, para la fijación, por ley, de cinco días libres anuales, que se podrán emplear para la formación (108). Sin embargo, la carga que esto supone para el empresario parece ser relativamente baja en comparación con otras obligaciones (p. ej., la protección contra despidos), que hasta la fecha no han sido objeto de ningún proceso ante el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia sobre impuestos y gravámenes especiales que sirven para dirigir la economía, en cambio, ofrece una gran variedad (109). Son interesantes desde el punto de vista de la libertad empresarial, porque no sólo se verifica el respeto de los derechos fundamentales por parte de intervenciones legales concretas, sino también por parte de sus repercusiones indirectas reales. Otra forma de li-

(104) *BVerfGE* 22, 380 (deducción del impuesto dividendos [*Kuponsteuerabzug*] por los bancos); 30, 292 (creación de reservas de petróleo por los importadores de aceite mineral).

(105) *BVerfGE* 77, 308 (vacaciones para formación especializada del empleado).

(106) P. ej., *BVerfGE* 4, 7 (ayuda de inversión de la economía privada para la explotación de las minas de carbón, la siderurgia y el suministro energético).

(107) *BVerfGE* 18, 314 (impuesto de compensación para la industria lechera).

(108) *BVerfGE* 77, 308.

(109) Véase *BVerfGE* 4, 7; 16, 147; 18, 315; 37, 1; 38, 61; 67, 256.

mitar la libertad de disposición de medios de producción es el «hecho de exigir a empresas la prestación de servicios al Estado» (*Indienstnahme von Unternehmen durch den Staat*), por ejemplo, su utilización en la recaudación de impuestos (110) o la imposición de la creación obligatoria de reservas para asegurar el abastecimiento energético del país (111). En ambos casos, la regulación por parte del Estado limita el derecho del empresario a disponer libremente del personal y sobre todo del capital. Tratándose de regulaciones a nivel del ejercicio de la profesión, no requieren un grado de justificación muy elevado.

b) *Libertad de producción*

La libertad de producción puede ser limitada a través de prohibiciones de producción, limitaciones de producción y requisitos de producción. Las prohibiciones de producción rara vez se hacen por medio de las llamadas prohibiciones represivas, destinadas a eliminar, de forma general, actividades dañinas para la sociedad (112). Ocurre con más frecuencia que éstas aparezcan en forma de las llamadas prohibiciones preventivas, que exigen la concesión de una autorización por parte del Estado para determinadas actividades económicas. De este modo, el Estado puede ejercer una influencia económica y profesional mediante la concesión de licencias y evitar peligros de manera preventiva (113). Las limitaciones temporales de producción sirven, entre otras cosas, a la protección de la salud del trabajador (114) y a otros intereses generales, por ejemplo, al buen funcionamiento del tráfico (115). Las limitaciones materiales de producción en forma de máximos (fijación de contingentes) (116), valores máximos en el transporte de mercancías a larga distancia (117), reservas mínimas de determinados medios de produc-

(110) P. ej., bancos (*BVerfGE* 22, 380) y empresarios.

(111) *BVerfGE* 30, 292.

(112) *BVerfGE* 61, 291 (prohibición de posesión, transformación y venta de especies protegidas de pájaros, muertos o vivos).

(113) *BVerfGE* 9, 38, p. 87 (prohibición de la fabricación de productos de medicina acabados); 8, 71; 21, 140 (prohibición del cultivo de vino; afecta, en primer lugar, la garantía del derecho de propiedad, de acuerdo con el art. 14, párrafo 1, GG); parágrafo 21 de la Ley sobre Medicamentos (aprobación obligatoria); parágrafo 4 de la Ley sobre Sustancias Químicas (registro obligatorio).

(114) *BVerfGE* 22, i, p. 20 (regulación de los horarios de trabajo); 23, 50, p. 56; 41, 369, p. 370 (prohibición de hacer pan por la noche).

(115) *BVerfGE* 26, 259, p. 263 (prohibición de la circulación de camiones los fines de semana).

(116) *BVerfGE* 9, 69, p. 70; 40, 196, p. 218.

(117) *BVerfGE* 40, 196.

ción (118), techos de producción (*Produktionsplafonds*) (119), etc., tienen, primordialmente, la función de dirección de la economía y prevención de riesgos al Estado. En la legislación hay múltiples requisitos de producción en los campos de la protección laboral, medioambiental y de salud, así como de la seguridad técnica, basados en normas de producción que comprenden obligaciones para el empresario en lo referente a los medios de producción y a sus actividades. Sin embargo, éstos apenas han ocupado la atención del Tribunal Constitucional.

c) *Libertad de inversión y desarrollo*

Se puede limitar la *libertad de inversión* mediante la obligación de invertir (120) por una parte y la prohibición de invertir por otra (121). Ambos casos ocurren, pero con poca frecuencia (122). La *libertad de desarrollo* es la libertad de decidir sobre la forma de la empresa en un futuro. Se puede referir, en el sentido de «libertad de crecimiento» (*Wachstumsfreiheit*) (123), a la expansión interior o exterior o a la fusión con otras empresas, pero también a la libertad de dividir consorcios o reducir una empresa [“libertad de contracción” (*Schrumpfungsfreiheit*)]. La libertad de desarrollo no sólo tiene que ver con la libertad profesional (art. 13, párrafo 1, GG), sino también con el derecho de propiedad (art. 14, párrafo 1, GG) y la libertad de asociación (art. 9, párrafo 1, GG) (124). Es posible que la libertad de crecimiento esté limitada de antemano por la imagen de la profesión definida por la ley (125) o que esté sometida a limitaciones temporales debidas a consideraciones de política estructural (126). El límite absoluto de crecimiento son las leyes sobre cárteles. La libertad de decrecimiento, en cambio, tiene sus límites en la política social (garantización de puestos de trabajo, pagos transitorios e indemnizaciones para trabajadores despedidos) (127).

(118) *BVerfGE* 30, 292, p. 312 (creación de reservas de petróleo); 41, 334, p. 358 (reserva mínima obligatoria de los bancos).

(119) *BVerfGE* 39, 210, p. 225.

(120) *BVerfGE* 30, 292 (creación de reservas de petróleo; construcción de espacio de almacenamiento costoso).

(121) *BVerfGE* 25, 1 (prohibición de construcción o ampliación de molinos).

(122) Véanse notas 120 y 121.

(123) Véase SCHOLZ, *op. cit.*, nota 5, art. 12, numeral 186; del mismo, *Entflechtung und Verfassung*, 1981.

(124) Véase SCHOLZ, *op. cit.*, nota 5, art. 12, numeral 187.

(125) *BVerfGE* 17, 232, p. 241 (prohibición del funcionamiento adicional en el derecho de farmacias; imagen del legislador: el «farmacéutico en su farmacia»).

(126) *BVerfGE* 25, 1 (prohibición de construcción y ampliación de molinos).

(127) Véanse los párrafos 111 y ss. de la Ley sobre Comités de la Empresa.

4. Libertad de la actividad en el mercado

a) Libertad de precios

Se puede limitar la libre formación de los precios como elemento esencial de la economía de mercado mediante la fijación y el control de los mismos por parte de las autoridades (128). Sobre todo, las modificaciones de precios en la economía energética, en la economía de transporte y en determinadas profesiones liberales están sujetos a la autorización estatal. Las disposiciones generales de las leyes sobre precios, en cambio, sólo sirven para evitar abusos. No es lícito que se utilicen con fines de dirigismo económico (129). La obligación de indicación de los precios (*Preisauszeichnung*), en cambio, no está pensada para evitar perturbaciones graves que afectan el nivel de precios en su totalidad, sino para un fin que «ya presupone un nivel normal de precios, fijado por las funciones del mercado y la competencia» (130). La obligación de indicación de precios, la fijación y regulación de los mismos pueden adquirir importancia bajo los aspectos de la libertad profesional (art. 12, párrafo 1, GG) (131), el derecho de propiedad (art. 12, párrafo 1, GG) (132), la libertad de actuación (art. 2, párrafo 1, GG) (133) y del principio general de igualdad (art. 3, I, GG) (134). Por lo general, éstos contienen regulaciones lícitas del ejercicio de la profesión y limitaciones del derecho de propiedad (135).

b) Libertad de distribución y venta

Para el éxito de una empresa son esenciales unos métodos de venta y unas vías de distribución eficaces. Para la protección de bienes comunes importantes puede ser necesario prohibir ciertas formas y vías de venta. La

(128) Véase la relación entre las áreas económicas y las regulaciones estatales de precios, de RINCK/SCHWARK, *op. cit.*, nota 5, numeral 869.

(129) *BVerfGE* 53, 1, p. 16 (Ley sobre los precios).

(130) *BVerfGE* 65, 248, p. 261.

(131) *BVerfGE* 33, 171, p. 182; 47, 285, p. 325; 58, 283; 65, 248, p. 258; 68, 193, p. 216; 68, 237, p. 255; 69, 373, p. 378. Véase también H. P. IPSEN, *Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage*, 1976, pp. 45 y 79.

(132) *BVerfGE* 8, 274, p. 330; IPSEN, *op. cit.*, nota 131, p. 85.

(133) *BVerfGE* 8, 274, p. 328; 70, 1, p. 28.

(134) *BVerfGE* 21, 292 (discriminación de grandes almacenes por el párrafo 6 de la Ley sobre rebajas).

(135) *BVerfGE* 8, 274, p. 328; 70, 1, p. 28. Sobre los límites constitucionales del control de precios, IPSEN, *op. cit.*, nota 131, pp. 85 y ss.

jurisprudencia al respecto no es muy amplia. Se refiere sobre todo a la venta por correspondencia y a la venta de medicamentos. El monopolio de las farmacias se extiende sobre los medicamentos de la medicina humana. Está prohibida la venta a domicilio de éstos. Medicamentos para animales, en cambio, también pueden venderse a empresas agricultoras o forestales por medio de la visita de representantes (136). Para garantizar un abastecimiento regulado, un farmacéutico no puede firmar contratos que le comprometan con un fabricante o un grupo de fabricantes (137). Por razones de protección de menores (138), queda prohibida la venta por correspondencia de escritos no aptos para los mismos. En cambio, la prohibición indiferenciada del envío de animales vivos por correo contra reembolso (por razones de protección de los animales) ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, después de reconocer que no existía ningún inconveniente de mandar por correo, verbigracia, larvas de tenebrio, al ser animales invertebrados (139).

c) *Libertad de competencia y de publicidad*

El mercado se caracteriza por la competencia. En la competencia, la publicidad desempeña un papel determinante (140). Por ello, la competencia y la publicidad también son temas centrales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Estado tiene una doble función en el área de la competencia y la publicidad. Por un lado, debe garantizar la competencia, creando un marco de condiciones normativas para una competencia limpia y transparente. Por otro, tiene que tener la facultad de impedir parcialmente la competencia, en interés del bien común, en sectores y ramos económicos determinados o para ciertos productos. La tarea principal consiste en impedir abusos de la libertad de competencia en la lucha competitiva de los empresarios. Por regla general, esto se lleva a cabo por medio de regulaciones contra la cartelización (141) y mediante disposiciones específicas contra la competencia desleal (142). «La libertad de la actividad económica no debe llevar a que algunos obtengan ventajas competitivas mediante procedimientos ilícitos» (143).

(136) *BVerfGE* 17, 269, p. 276.

(137) *BVerfGE* 17, 232, p. 251.

(138) *BVerfGE* 30, 336, p. 350.

(139) *BVerfGE* 36, 47, p. 62.

(140) Véase P. LERCHE, *Werbung und Verfassung*, 1967.

(141) Ley contra Limitaciones de la Libre Competencia (Ley sobre Cárteles) en la versión del 24 de septiembre de 1980 (*RBGI* I, p. 1761).

(142) Ley contra la Competencia Desleal de 7 de junio de 1909 (*RBGI*, p. 499).

(143) *BVerfGE* 32, 311, p. 316.

La indicación de los precios sirve a la «intensificación de la competencia», ya que su fin es hacer los precios más transparentes y más fiables (144). Por esta razón, es lícito que las autoridades publiquen unas listas de precios e indicaciones sobre la efectividad y el control de calidad de medicamentos (145). Sin embargo, hace falta una regulación mediante una ley formal. Desde el punto de vista de la libertad de competencia, son problemáticas aquellas medidas del Estado que tienen la función de dirigir la economía en casos muy concretos. Estas son, por ejemplo, exenciones de prohibiciones legales de empresarios determinados (146) o subvenciones para un empresario sin que las reciban también sus competidores, lo cual distorsiona la situación competitiva y perjudica al empresario en su posición económica de manera importante y, por ende, inadmisibles (147). Las regulaciones generales de las horas de apertura de comercios pueden tener efectos ambiguos. Según su importancia, emplazamiento y estructura, distintos comercios están afectados en mayor o menor grado, de modo que, en este caso, de acuerdo con el artículo 3, párrafo 1, GG, pueden ser necesarias regulaciones excepcionales (148), en interés de la igualdad competitiva, o puede ser justificada la aplicación de la limitación de los horarios de apertura a grandes empresas, aunque no haya justificación objetiva (149).

El principal fundamento constitucional de la libertad de competencia es el artículo 12, párrafo 1, GG. El comportamiento del empresario en lo referente a la competencia es parte del ejercicio de su profesión (150). Esto no excluye que determinados hechos relevantes (también) para la competencia estén garantizados por otros derechos fundamentales, como el artículo 14, párrafo 1 (151); el artículo 2, párrafo 1 (152), y el artículo 3, párrafo 1, GG (igualdad en la competencia) (153). La limitación de la competencia por parte del Estado también se presenta en forma de prohibiciones de publicidad. La prohibición de publicidad de productos que contienen radio, dirigida al

(144) *BVerfGE* 65, 218, p. 260.

(145) *BVerfGE* 71, 183.

(146) Véase, p. ej., *BVerfGE* 65, 176 (autorización excepcional según la Ley de Apertura de Comercios).

(147) Véase *BVerfGE* 30, 191, p. 197; 60, 143, p. 161; 65, 167, p. 174; 71, 183, p. 191, y BREUER, *op. cit.*, nota 5, parágrafo 148, numerales 70 y ss.

(148) Véase nota 146.

(149) Véase nota 33.

(150) *BVerfGE* 32, 311, p. 316.

(151) Véase *BVerfGE* 51, 93, p. 216 (marcas registradas).

(152) *BVerfGE* 17, 306, p. 309; 30, 191, p. 198; 60, 154, p. 159; 65, 167, p. 174.

(153) Véase nota 134.

público en general, está motivada por la protección de la salud (154). Existen amplias y generales prohibiciones de publicidad para médicos (155), abogados (156), farmacéuticos (157) y asesores fiscales (158). Estas prohibiciones están basadas en el derecho gremial (*Standesrecht*) expresado en los reglamentos profesionales, aprobados autónomamente por las corporaciones profesionales. La interdicción de publicidad para profesiones liberales se justifica con el argumento de que «tiene la función de evitar una distorsión de la imagen de la profesión por la utilización de métodos publicitarios usuales en la economía privada» (159). Las actividades profesionales en cuestión «se deberán desarrollar dentro del marco del decoro, la honradez y del código moral propio de la colectividad que ejerce esta profesión» (160). Parece más realista y razonable el argumento de que afirmaciones publicitarias que expresan valoraciones improbables podrían suscitar expectativas que no corresponden a la realidad, y que esto es lo que pretende evitar con las prohibiciones de publicidad (161). Parece incierto que se pueda mantener, de forma incondicionada, la prohibición de publicidad, la cual se está respetando escrupulosamente en la práctica (162). Ciertas formas de hacer publicidad sólo han sido rechazadas por el Tribunal Constitucional en casos determinados. Entre éstos cabe mencionar, por ejemplo, la prohibición, por razones de «protección de la intimidad del individuo», de la visita de representantes de lápidas sepulcrales sin que se les haya llamado (163). Los modernos problemas de la publicidad por correo o el bloqueo de aparatos fax con información publicitaria todavía no han sido objeto de atención por parte del Tribunal Constitucional.

(154) *BVerfGE* 9, 213, p. 221.

(155) *BVerfGE* 71, 162; 71, 183.

(156) *BVerfGE* 36, 212, p. 219; 56, 121, p. 133; 6, 196, p. 205.

(157) *BVerfGE* 53, 96, p. 97.

(158) *BVerfGE* 60, 215, p. 232.

(159) *BVerfGE* 60, 215, p. 170; 60, 215, p. 232; 71, 162, p. 173.

(160) *BVerfGE* 60, 215, p. 232.

(161) *BVerfGE* 76, 196, p. 208.

(162) Véase también *BVerfGE* 71, 162, p. 198 (respecto de la publicidad de médicos de sanatorios); acerca de la problemática de la prohibición de publicidad para abogados, I. SUE, *Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts*, Diss. Göttingen, 1986, pp. 158 y 165; R. ZUCK, «Anwaltswerbung zwischen zulässiger Informations- und unzulässiger Mandatswerbung», en *NJW*, 1988, p. 528; en general, sobre la prohibición de publicidad para profesiones liberales, TETTINGER, «Abschied vom Werbebot?» — Gedanken zum freiberuflichen Standesrecht», en *JZ*, 1988, p. 228.

(163) *BVerfGE* 32, 311.

d) *Libertad contractual*

La libertad contractual es la libertad de formalizar contratos con una contraparte de su elección fundada en el mutuo acuerdo. Esta temática está contenida en las garantías específicas de libertades y está protegida, por ejemplo, como elemento de la libertad profesional del art. 12, párr. 1, GG (164). Por ello, el ejercicio de la libertad contractual se desarrollará de acuerdo con las limitaciones escalonadas y diferenciadas del artículo 12, párr. 1, GG. Los aspectos de la libertad contractual que no están cubiertos por los derechos fundamentales específicos forman parte de la libertad general de actuación, según el artículo 2, párrafo 1, GG (165).

5. *Protección de la existencia de la empresa*a) *Libertad de profesión y garantía de la propiedad*

La libertad profesional y la protección de la propiedad son los dos pilares de la libertad económica. La libertad profesional protege la adquisición; la garantía del derecho de propiedad protege lo ya adquirido (166). Esta fórmula concisa oculta, sin embargo, la circunstancia de que la libertad «profesional y el derecho de propiedad no sólo están en relación funcional» (167), sino que, en parte, coinciden los ámbitos de protección de estas dos garantías (168). Porque el artículo 14, párrafo 1, GG no sólo protege la integridad de los derechos y bienes patrimoniales, sino también el aprovechamiento y la disposición de los objetos protegidos como propiedad (169). Por ello, la actividad profesional y el uso de la propiedad pueden ser coincidentes; dicho en términos jurídicos: están en concurrencia ideal (170). La obligación de efectuar importantes inversiones no sólo limita al empresario en el ejercicio de su profesión, sino también en el uso de su propiedad (171). En la senten-

(164) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, párrafo 147, numeral 97.

(165) *BVerfGE* 8, 274, p. 328; 70, 1, p. 28; 74, 129, p. 151.

(166) *BVerfGE* 30, 292, p. 334.

(167) *BVerfGE* 50, 290, p. 365.

(168) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, párrafo 147, numeral 100; SCHOLZ, *op. cit.*, núm. 5, art. 12, numeral 124.

(169) Véase LEISNER, «Eigentum», en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 1989, párrafo 149, numeral 52; R. WENDT, *Eigentum und Gesetzgebung*, 1985, pp. 264 y 270.

(170) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, párrafo 147, numeral 100.

(171) Problemático ya es por ello, *BVerfGE* 30, 292, p. 334; véase también, acerca de la «doble» garantía de la libertad de inversión, SCHOLZ, *Entflechtung und Verfassung*, 1981, p. 108.

cia sobre la cogestión se reconoce expresamente la coexistencia de la libertad profesional y la garantía del derecho de propiedad; por lo general, sin embargo, se niega esta coexistencia de forma inmotivada y sin dar más explicaciones. La cuestión de si se intensifica o no la protección del derecho fundamental del empresario en caso de concurrencia ideal (*Idealkonkurrenz*) depende de la definición que se haga de la propiedad y de la libertad profesional. En la sentencia sobre la cogestión, el Tribunal Constitucional declara que la valoración de la cogestión, desde el punto de vista del Derecho constitucional, en concreto del artículo 12, párrafo 1, GG, «en principio» no puede ser diferente de la que se hace bajo el aspecto del artículo 14, párrafo 1, GG (172). Que esto no es cierto lo demuestra la decisión, manifiestamente errónea, de una *Comisión de admisión* del Tribunal Constitucional en la que la participación del empresario en la fijación de los horarios de apertura en el sector comercial se considera exclusivamente como un aspecto de la libertad profesional y se declara constitucional, en cuanto regulación del ejercicio de la profesión (173). Contrario a lo decidido en la sentencia sobre cogestión, aquí se rechaza de forma expresa que se pueda aplicar el artículo 14, párrafo 1, GG (174), obviamente, porque de lo contrario se habría tenido que decidir otra vez la problemática de la cogestión paritaria, sin paliativos esta vez. Teniendo en cuenta todos los aspectos, constatamos que la jurisprudencia tendrá que llevar a cabo una revisión fundamental de su posición sobre la concurrencia del artículo 14, párrafo 1, y artículo 12, párrafo 1, GG.

b) *Fundamentos de la garantía constitucional del derecho de propiedad*

La garantía constitucional del derecho de propiedad tiene funciones en los sistemas macro y microeconómico (175). A causa de «la función macroeconómica del derecho fundamental de la propiedad..., el principio de la propiedad privada de los medios de producción exige y establece, necesariamente, un orden económico que organice el proceso efectivo de la economía

(172) *BVerfGE* 50, 290, p. 365.

(173) *BVerfGE*, *NJW*, 1986, p. 1601 (jueces que participaron: Simon/Heussner/Niemeyer); es de notar que esa decisión, al contrario de lo que se suele hacer en los últimos años, no figura en la colección oficial del Tribunal Constitucional.

(174) Véase, acerca de la crítica, R. SCHOLZ, «Verdeckt Verfassungsneues zur Mitbestimmung?», en *NJW*, 1986, p. 1587.

(175) Véase R. SCHOLZ, *Entflechtung und Verfassung*, 1981, p. 87; véase también, acerca de las funciones macroeconómicas de la propiedad de acciones, *BVerfGE* 50, 290, p. 344.

según la estructura legal de la autonomía privada, de la competencia real (esto es, no impuesta por razones de política o teoría de regulación económica) y de la autorregulación descentralizada» (176). La decisión a favor de la propiedad privada útil incluye la decisión a favor de un sistema económico que reconoce que la iniciativa privada y la propia responsabilidad del empresario son esenciales en la economía de mercado (177). La función microeconómica de la garantía del derecho de propiedad consiste en dar al individuo económicamente activo la posibilidad de desarrollar sus actividades económicas. La garantía del derecho de propiedad «es un derecho fundamental elemental, que tiene una profunda relación con la libertad personal» (178). Tiene la función de asegurar al individuo una cierta libertad en el área del derecho patrimonial. «La propiedad, constitucionalmente protegida, se caracteriza en su contenido jurídico por su calidad de estar al servicio de una persona privada, o sea, que está relacionada con un propietario legítimo (*Rechtsträger*), en cuyas manos será 'beneficiosa' como base de la iniciativa privada y en interés y responsabilidad propios. Se caracteriza, además, por el derecho de disponer del bien poseído, lo cual no siempre se deja distinguir claramente de lo anterior» (179). La garantía del derecho de propiedad no es sólo una garantía del valor de la propiedad, sino de su existencia e integridad y garantía para el propietario. Sobre todo concede el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos en la integridad de los bienes protegidos (180). La Ley Fundamental no garantiza una haz de derechos específicos, sino una propiedad uniforme (181). No diferencia entre una propiedad «grande» y una «pequeña» (182), entre propiedad inmerecida o adquirida por méritos propios, entre propiedad de uso, de consumo y abastecimiento, propiedad inmueble, en forma de medios de producción, en empresas, etc. No existe una garantía del derecho de propiedad diferenciada según los tipos de propiedad, sino sólo una protección unitaria de la propiedad (183). Sin embargo, de la responsabilidad social (*Sozialbindung*) de la propiedad pueden resultar limitaciones de la propiedad de diferente intensidad. «El legislador debe actuar dentro de unos límites muy estrechos en

(176) RUPERT SCHOLZ, «Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung», en DUWENDAG (Hrgs.), *Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976, pp. 112 y 124.

(177) K. H. FRIAUF/R. WENDT, *Eigentum am Unternehmen*, 177, p. 66.

(178) *BVerfGE* 50, 290, p. 339.

(179) *BVerfGE* 50, 290, p. 339.

(180) *BVerfGE* 24, 367, p. 400.

(181) Véase LEISNER, *op. cit.*, nota 169, parágrafo 149, numerales 46 y ss.

(182) ISSING/LEISNER, «*Kleineres Eigentum*», 1976.

(183) Véase LEISNER, *op. cit.*, nota 169, parágrafo 149, numerales 46 y ss.

cuanto a la función de la propiedad como elemento de la salvaguardia de la libertad personal del individuo. Por el contrario, es más amplio el derecho del legislador de determinar contenidos y límites, más cuanto la propiedad se encuentra inserta en un contexto social y tiene una función social en la sociedad» (184). Por ello, de la responsabilidad social derivan diferentes niveles de protección del derecho de propiedad relacionados con la función de la propiedad y su contexto social (185). De esta forma, y desde el punto de vista de la garantía del derecho de propiedad, la estructura resultante es semejante a la teoría de tres niveles de la libertad profesional.

c) *Protección de la integridad de la empresa*

El artículo 14 GG también protege la propiedad en una empresa (186). Tradicionalmente se habla del «derecho a instalar y hacer funcionar una empresa» (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*) como protección del derecho patrimonial (187). Se garantiza el «conjunto material y jurídico» (188) de la empresa en su «sustancia», o sea, el funcionamiento normal del organismo de la empresa. Al perjudicar a éste, se le impide al empresario hacer el debido uso de la organización de medios personales y materiales comprendidos en la empresa. Lo que se protege, por tanto, es la empresa como unidad económica capaz de funcionar (189), así como diversos elementos de esta unidad que, como derechos independientes, ya de por sí, gozan de la protección constitucional de la propiedad [p. ej., derechos de patente (190), derechos sobre marcas registradas (191), derechos de autor (192)]. Pero el conjunto es más que la suma de sus partes, lo cual se

(184) *BVerfGE* 53, 257, p. 292.

(185) Véase OSSENBÜHL, «Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Band 1, 1987, pp. 625 y 640.

(186) Véanse LEISNER, *op. cit.*, nota 169, parágrafo 149, numerales 108 y ss.; PAPIER, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar*, art. 14, numerales 96 y ss. (sept. 1983).

(187) *BVerfGE* 1, 264, p. 277; 13, 225, p. 229; 18, 85, p. 90; 22, 380, p. 386; 45, 142, p. 173; 77, 84, p. 118.

(188) *BVerfGE* 1, 264; 13, 225, p. 229. La cuestión suscitada en *BVerfGE* 51, 1983, p. 222, de «si la empresa industrial (*Gewerbebetrieb*) como tal presentaba las características imprescindibles del concepto constitucional de propiedad» (véase SCHOLZ, *Entflechtung und Verfassung*, 1981, p. 81) probablemente ha perdido su interés (véase también *BVerfGE* 77, 84, p. 118).

(189) Véase R. WENDT, *Eigentum und Gesetzgebung*, 1985, p. 273.

(190) *BVerfGE* 36, 281, p. 290.

(191) *BVerfGE* 51, 193, p. 216.

hace patente en la realidad cuando no se intenta sanear una empresa mediante un acuerdo, sino que se declara en quiebra y se vende por partes (193). Sólo se protege un conjunto ya existente de cosas, derechos y objetos de valor, y no unas posibilidades (de venta, de beneficios), unas expectativas o unos datos reales (194). El empresario no puede contar con que la situación legal se mantenga inalterada (195) o que no cambien las condiciones generales (196). La garantía del derecho de propiedad también comprende la propiedad parcial (*Anteilseigentum*) en grandes empresas, por ejemplo, como titular de acciones (197). El Tribunal Constitucional reconoce la función de la propiedad compartida en el sistema macroeconómico. Es «la condición previa para poder reunir el capital necesario para llevar una empresa económica moderna, así como para una organización jurídico-privada diferenciada de las sociedades capitalistas. Y es de crucial importancia para la capacidad de funcionamiento de un orden económico basado en la descentralización, así como en la distribución del poder, de las oportunidades, de los riesgos y del dominio» (198). Sin embargo, estas «funciones jurídico-objetivas» son sólo secundarias; la importancia principal del derecho de propiedad es su carácter de derecho personal. La diferencia entre el propietario de acciones y el propietario de empresa, que trabaja directamente con su propiedad y lleva toda la reponsabilidad, es que a aquél le falta el elemento de la actividad empresarial personal; lo característico de la propiedad en acciones es que, antes que fundamento de una iniciativa empresarial, es una inversión de capital (199). Esta característica de la propiedad compartida determina el derecho del legislador de definir el contenido y las limitaciones de la propiedad en acciones.

d) *Protección de secretos comerciales e industriales*

Los secretos industriales, o comerciales, son uno de los fundamentos de una empresa. Al igual que los derechos de patentes, de autor, etc., como pro-

(192) *BVerfGE* 31, 229, p. 239.

(193) *PAPIER, op. cit.*, nota 186, art. 14, numeral 185.

(194) *BVerfGE* 77, 85, p. 118, cuenta entre estos las relaciones comerciales existentes, una clientela fija y la posición en el mercado.

(195) Por ello no existe una protección contra cambios de los tipos de aduanas (*BGHZ* 45, 83) o contra disposiciones más estrictas en el derecho de seguridad técnica, las cuales obligan a efectuar cambios en la producción.

(196) Por ejemplo, ventajas que resultan del emplazamiento a causa de una determinada red viaria.

(197) *BVerfGE* 14, 263, p. 276; 25, 371, p. 407; 40, 290, p. 342; *LEISNER, op. cit.*, nota 169, parágrafo 149, numeral 112 y ss.

(198) *BVerfGE* 50, 290, p. 344.

(199) *PAPIER, op. cit.*, nota 186, art. 14, numeral 185.

riedad están protegidos por el artículo 14, párrafo 1, GG (200). La protección de secretos ha adquirido especial importancia, particularmente en el área de la inspección preventiva y de los controles de productos por parte del Estado. A la hora de admitir medicamentos, autorizar instalaciones técnicas, inspeccionar productos químicos, etc., el Estado sólo puede cumplir su misión de velar por la protección de la salud y del medio ambiente si recibe una amplia información de la empresa. La revelación de secretos industriales y comerciales, necesaria para estos efectos, se regula mediante unas leyes especiales. Sólo en la última década se ha reconocido plenamente la problemática, agravada por el hecho de que algunos procedimientos administrativos tienen que ser públicos.

No existe un concepto de solución uniforme, y probablemente no existirá nunca. Sólo es posible llegar a soluciones si se trata de conflictos en ámbitos específicos y a través de ponderaciones graduales, en las cuales se pretende encontrar el equilibrio entre el interés general de que haya controles de productos e instalaciones y la protección constitucional de los secretos empresariales (201).

IV. EVALUACION GENERAL Y PERSPECTIVA

El presente resumen de las libertades económicas, como se reflejan en la jurisprudencia del Tribunal Federal de la República Federal de Alemania, muestra una situación sumamente variada, aunque queda lejos de ser exhaustivo. La solución de problemas que afectan a los derechos fundamentales no se pueden guiar tanto por retóricas fórmulas generales como por una investigación minuciosa de los *legislative facts*, en los que se basan. Más que de la norma escrita, la solución deriva de los hechos, del orden concreto, ya que la norma constitucional en forma de la garantía de los derechos fundamentales es una medida de control y evaluación poco precisa, y, en muchos casos, no proporciona más que una tónica de argumentación o, a lo sumo, un esquema de argumentación. El problema de la aplicación de los derechos fundamentales y la efectividad de las libertades económicas reside en la realización de los derechos fundamentales. La realización de los derechos fun-

(200) Véanse MARTIN BULLINGER, «Wettbewerbsaufsicht bei präventiver Wirtschaftsaufsicht», en *NJW*, 1978, p. 2173; WERNER HAHN, *Offenbarungspflichten im Umweltschutzrecht*, 1984, p. 170; M. SCHRÖDER, «Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltschutzrecht», en *UPR*, 1985, p. 394; R. BREUER, «Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht», en *NVwZ*, 1986, p. 171; BREUER, *op. cit.*, nota 5, parágrafo 148, numerales 6 y ss.

(201) Véase BREUER, *op. cit.*, nota 5, parágrafo 148, numeral 27.

damentales presupone la existencia de un consenso mínimo sobre su contenido y, además de esto, unas autoridades competentes que fomenten y garanticen esta realización. Esta tarea de garantizar y fomentar los derechos fundamentales se ha de llevar a cabo separadamente por el legislador y el Tribunal Constitucional. Si bien los derechos fundamentales tienen la función de proteger al individuo de intervenciones por parte del Estado en el ámbito personal, sin el Estado no puede haber unas garantías efectivas de estos derechos. No sólo porque las libertades constitucionales también están amenazadas —y, en el caso de las libertades económicas, lo están sobre todo— por el conciudadano y el competidor, sino porque, de acuerdo con el concepto *democrático del Estado*, una de las *tareas fundamentales del Estado* es la de servir a la libertad del ciudadano. Por ello, los derechos fundamentales no sólo representan unos límites del poder estatal, sino también su fuente y legitimación (202). La legislación no sólo limita los derechos fundamentales, sino que les da forma y los realiza. El Tribunal Constitucional verifica si, en lo referente a los derechos fundamentales, el legislador no acierta o se extralimita en sus atribuciones. Pero, como el contenido de los derechos fundamentales no está fijado definitivamente ni con precisión, la legislación referente a ellos no es sólo la expresión de contenidos prefijados, sino también la definición y el desarrollo de tales derechos (*Grundrechtsdefinition und fortbildung*). Esto se manifiesta claramente en la fijación de caracterizaciones de profesiones por el legislador, el cual se guía por «la antigua tradición jurídica» y las desarrolla de acuerdo con los requisitos de la vida profesional moderna. Por tanto, la interpretación y la fijación del contenido de los derechos fundamentales no constituye monopolio del Tribunal Constitucional, sino que es tarea común del Tribunal y del legislador. Ambas instancias llevan a cabo esta tarea desde diferentes perspectivas y con métodos distintos. El legislador hace aquello que es políticamente oportuno, argumenta de forma política y, por tanto, en muchos momentos, de forma irracional, teniendo en cuenta opiniones, tendencias y deseos de la sociedad. El Tribunal Constitucional contempla el mismo problema con métodos jurídicos y está sujeto en su proceso de decisión a unas condiciones completamente diferentes (203). En el control de una ley por el Tribunal Constitucional se combinan dos procesos de decisión diferentes, racionalizándolos. En muchos casos, el Tribunal Constitucional tiene que permitir que prevalezca la opinión del legislador. En la libertad profesional, por ejemplo, el Tribunal actúa así al aceptar y respe-

(202) RUPP, *AÖR* 92, 1967, p. 227.

(203) Véase OSSENBÜHL, «Die Interpretation von Grundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *NJW*, 1976, pp. 2100 y ss. y 2106.

tar las caracterizaciones de profesiones por el legislador o al concederle un margen para sus predicciones cuando se trata de valoraciones de hechos generales o de evoluciones futuras. Pero, en todo caso, esto no se hace de forma incondicionada, sino teniendo en cuenta el supuesto en cuestión. Dado el caso, el Tribunal Constitucional no se abstiene de corregir la caracterización, fijada por ley, de una profesión o de rechazar una predicción legislativa como poco razonable (204). En última instancia, se reserva la competencia de la competencia (*Kompetenz kompetenz*) en todas las cuestiones. Su legitimación, sin embargo, no es su autoridad —aunque ésta está justamente muy generalizada y profundamente arraigada—, sino la racionalidad, la fuerza de convicción y finalmente la rectitud de sus decisiones, que, a su vez, han fundado la autoridad del Tribunal. En este contexto ha probado su eficacia el esquema de argumentación desarrollado para la libertad profesional, cuya estructura también se aplica a la garantía del derecho de propiedad. Para la evolución de la jurisprudencia y los derechos fundamentales, la sentencia sobre las farmacias del año 1958, de hecho, ha sido un golpe de suerte (205).

No sería justo pretender criticar, en una valoración general, decisiones aisladas. Queremos añadir dos observaciones de tipo general. Por una parte, nos parece que la temática de la protección de las libertades económicas como derechos fundamentales se basa con demasiada exclusividad en el artículo 12, párrafo 1, GG. Cuando se examinan *quejas* derivadas de lesiones en el ámbito empresarial, el Tribunal Constitucional muchas veces declara con demasiada prontitud y de forma muy apodíctica que el ámbito de la protección del derecho de propiedad no queda afectado. A este respecto hay que repetir que la libertad profesional y la garantía del derecho de propiedad en parte cubren el mismo ámbito y se refuerzan mutuamente en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. Por otra parte, no se ha desarrollado conceptualmente la doctrina de los efectos a terceros (*Drittwirkung*) de las libertades económicas. Muchas veces, la libertad económica está más amenazada por competencia desleal o condiciones desiguales que por intervenciones por parte del Estado. Este es un aspecto esencial de la garantía de los derechos fundamentales. El Estado como garante de las libertades económicas, no como un peligro para ellas, es un tema que en un orden económico liberal debería tratarse con igual atención.

Actualmente no es posible contemplar las libertades económicas que concede la Ley Fundamental sin fijarse también en las tendencias en Europa.

(204) Véase *BVerfGE* 50, 290, p. 332; OSSENBÜHL, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognossentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *Festschrift BVerfG*, Bd 1, 1976, p. 458.

(205) Véase también *AöR* 92, 1967, p. 214.

Las normas jurídicas de la Comunidad Económica Europea prevalecen sobre el Derecho nacional de los Estados miembros, incluido el Derecho constitucional con las garantías de los derechos fundamentales. El Derecho económico nacional está siendo sustituido, progresivamente, por el Derecho comunitario. Por ello, los conflictos entre el legislador económico alemán y los empresarios sujetos al Derecho económico alemán disminuirán forzosamente. Desde que el Tribunal Constitucional ha renunciado a su derecho de verificar la conformidad de las normas europeas con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (206), la protección de los derechos fundamentales en el ámbito económico incumbe fundamentalmente al Tribunal Europeo. Pero el Tribunal Europeo tiene una composición y una motivación diferentes de las del Tribunal Constitucional Federal. Se entiende como factor de la integración europea. Su jurisprudencia obedece a esta finalidad. Pero, en primer lugar, el Tribunal Europeo tiene que integrar muchos sistemas jurídicos nacionales diferentes y reflejarlos en su jurisprudencia. Piensa y trabaja según unas categorías y esquemas diferentes y con unos presupuestos distintos de los del Tribunal Constitucional. Quedan por ver los resultados que esto dará, aunque existe una tendencia creciente a dar garantías formales de los derechos fundamentales a nivel europeo (207). Desde el punto de vista alemán, cabe profetizar (*Propheseiung*) que, en el ámbito de las libertades económicas, una época de jurisdicción nacional está llegando a su fin.

(206) *BVerfGE* 73, 339 (Solange II); HILF, *EuGRZ*, 1987, p. 1; RUPP, *JZ*, 1987, p. 241.

(207) Véase la declaración de derechos y libertades fundamenales del Parlamento Europeo del 12 de abril de 1989, publicado en *EuGRZ*, 1989, p. 204; al mismo respecto, BEUTLER, *EuGRZ*, 1989, p. 185.