

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE 1978

(Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española) (*)

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ECONOMÍA: UNA CONCEPCIÓN FORMAL Y ABIERTA DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.—3. UN NUEVO MARCO DE REFERENCIA: LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA.—4. LA HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA.—5. LAS FINALIDADES JUSTIFICADORAS DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA.—6. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONÓMICA.—7. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE UN ESTADO COMPLEJO.

1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión del XX aniversario de la Constitución española de 1978 tuve ocasión de publicar un artículo titulado «*La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución*» (1), en el que intentaba analizar algunas de las tendencias y de las líneas de desarrollo que se habían manifestado en el ámbito de la llamada *Constitución económica* a lo largo de aquel primer período de su vigencia. Pasados cinco años, no parece que se hayan producido modificaciones sustanciales en esta materia. A lo sumo, se han intensificado algunas de las tendencias que se apuntaban, como es el caso de la creciente in-

(*) Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación BJU2001-2890, del Programa sectorial de promoción general del conocimiento, del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Reitero mi agradecimiento a los prof. Jesús Ruiz-Huerta y Xavier Padrós por los comentarios realizados sobre determinadas partes del trabajo original.

(1) Publicado en G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ TREVIJANO (dir.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 125-158.

fluencia del proceso de integración europea en el campo de las relaciones económicas y el consiguiente deslizamiento hacia Europa de la disciplina jurídica básica de la intervención pública en la economía, desplazando en parte a la Constitución de este cometido fundamental. La economía ha desbordado el marco de los Estados, y su disciplina, que rebasa ya las funciones que una Constitución puede desempeñar con eficacia, se encomienda, cada vez más, en amplitud e intensidad, a instancias supranacionales.

Por todo esto, el presente artículo sigue esencialmente los pasos de aquel trabajo, aunque, naturalmente, con las modificaciones que impone su actualización y que aconseja la nueva reflexión sobre los problemas que allí se trataban. Como entonces, no se pretende aquí estudiar con detalle la estructura y los elementos que integran la *Constitución económica*, ni tampoco ensayar un balance exhaustivo de su aplicación, tarea que desborda los límites de este trabajo. Más modestamente, se trata sólo de indicar las principales vías por donde, a mi juicio, han discurrido las previsiones constitucionales que se proyectan en el campo de las relaciones económicas y cómo, a lo largo de estos veinticinco años, la actuación de los diversos operadores ha ido concretando las necesariamente genéricas, abstractas y a veces ambiguas normas que en la materia contiene el texto constitucional, y ha ido cerrando las opciones que éstas dejaban abiertas.

Para ello, se parte de un esquema conceptual que expuse ya en otra ocasión (2), lo que evita ahora su repetición. En síntesis, y como se verá con algún detalle más en el apartado siguiente, puede decirse que el Tribunal Constitucional y la doctrina en general, partiendo de posiciones a veces bastante diversas, han acabado por coincidir en una concepción abierta y flexible de la *Constitución económica*, que se inspira fundamentalmente en el principio de neutralidad económica que acogió en su momento el Tribunal Constitucional Federal alemán (3). No existe un *modelo económico constitucional* (en el sentido de sistema *externo* de conceptos que la Constitución haya simplemente acogido) desde el que pueda valorarse la legitimidad de la actuación de los poderes públicos en la el ámbito económico. Pero la inexistencia de tal modelo global, con las precisiones que más adelante se harán, no impide, naturalmente, que la intervención económica de los poderes públicos pueda valorarse desde la Constitución, con todas las consecuencias que ello comporta. Tal valoración, creo, puede realizarse según la siguiente proposición: los poderes públicos, en

(2) *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, IEA, Madrid, 1995, especialmente págs. 177 y sigs.

(3) Especialmente a partir de la Sentencia sobre la Ley de ayudas a la inversión, de 20 de julio de 1954 (BVerfGE 4, 7).

la medida de su competencia, podrán hacer uso de las habilitaciones contenidas en la Constitución para la consecución de los fines que la misma ampara, y con el límite del respeto a los derechos reconocidos en su Título I. Más adelante se volverá sobre esta cuestión, pero esta concepción de la llamada *Constitución económica* enmarca los concretos objetivos de estas páginas, como lo hacía en el trabajo anterior del año 2000: se trata de examinar, en sus líneas principales, cómo se han desarrollado las cosas en torno a estos cuatro elementos: las habilitaciones para la intervención pública en la economía, las finalidades que ésta debe o puede perseguir, los derechos relevantes en materia económica y la distribución de competencias que en este ámbito se produce entre los distintos niveles de gobierno.

Este examen, sin embargo, no puede realizarse sin tomar en consideración un dato de extrema importancia y que se va manifestando con creciente relevancia, como es la integración europea, que incide de modo particular en el ámbito de las relaciones económicas. La Unión Europea no puede contemplarse ya como un marco externo que se suma al cuadro interno de la disciplina jurídica de las actuaciones de los diversos agentes económicos, incluidos naturalmente también los públicos, sino que presenta hoy, y cada vez con mayor fuerza, un verdadero impacto constitucional. Por una parte, en efecto, a través de este proceso se transfiere una muy notable capacidad de actuación a las instituciones comunitarias, sustrayéndola de los poderes internos de los Estados; y por otra, el derecho y, en general, las actuaciones comunitarias europeas condicionan y en muchos casos predeterminan las opciones que la Constitución deja abiertas, orientando en ciertas direcciones su desarrollo y evolución. La *Constitución económica* sin duda no puede entenderse hoy sin tener en cuenta la integración comunitaria europea. A ello por tanto convendrá también prestar atención.

2. LA PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ECONOMÍA: UNA CONCEPCIÓN FORMAL Y ABIERTA DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

El Tribunal Constitucional, desde los primeros momentos, ha adoptado un concepto de *Constitución económica* de carácter meramente formal y de contenido abierto y flexible, que satisface, o al menos no molesta, tanto a los partidarios de la *neutralidad económica* de la Constitución como a quienes quieren ver en ella la garantía de un determinado, aunque general, modelo económico. El Tribunal sostiene, en efecto, que la *Constitución económica* consiste en las «normas —que contiene la Constitución—destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad eco-

nómica», marco que «implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario» (STC 1/1982, FJ. 1). Y aunque su doctrina no recoge de forma expresa la tesis de la neutralidad económica de la Constitución (4), se colige de la misma que la Constitución no ha consagrado un determinado modelo económico que pueda convertirse por sí mismo en parámetro jurídico de valoración de la legitimidad de las diversas actuaciones de los poderes públicos en el campo económico.

Las distintas concepciones doctrinales en la materia (García Pelayo, Menéndez, S. Martín Retortillo, Rojo, Aragón, Ariño y Bassols, entre otros) (5), partiendo de posiciones diversas, convergen en un territorio común, en el que destacan dos coincidencias básicas:

— En primer lugar, la Constitución no ha establecido un *modelo económico* cerrado y rígido, que se convierta por sí mismo en la medida de valoración de la constitucionalidad de la intervención pública en la economía. Esta es precisamente la tesis básica de la *neutralidad económica* de la Constitución, que reacciona frente a la pretensión de que la Constitución *garantice* un determinado sistema económico (6): la valoración de la constitucionalidad de una

(4) Tesis defendida expresamente en cambio en el voto particular de Díez Picazo a la STC 37/1981, de 16 de noviembre, al que se adhieren los Magistrados Díez de Velasco y Fernández Viagas: «El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas».

(5) M. GARCÍA PELAYO: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. RAMÍREZ (ed.): *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, págs. 28 y sigs.; A. MENÉNDEZ: «Constitución, sistema económico y Derecho mercantil», *Hacienda Pública Española*, 94, 1985, págs. 47 y sigs.; S. MARTÍN RETORTILLO: *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988, esp. págs. 77 y sigs.; A. ROJO: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, 169-170, 1983, págs. 309 y sig.; M. ARAGÓN REYES: *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, págs. 7 y sig.; M. BASSOLS: *Constitución y Economía*, Tecnos, Madrid, 1988, esp. págs. 91 y sigs.; G. ARIÑO: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 101 y sigs., y esp. págs. 112-113. Un examen más detenido del debate doctrinal español sobre la cuestión, en mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit., págs. 186 y sigs.

(6) Esta es la esencia de la acuñación del concepto de *Constitución económica* por la escuela neoliberal de Friburg de W. Eucken y F. Böhm, en los años cuarenta, como «decisión global sobre la economía». En su origen, este concepto pretendía garantizar la propiedad privada y la libertad de empresa frente al intervencionismo público en la economía. En la gráfica expresión que utiliza PÉREZ ROYO (*Curso de Derecho Constitucional*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003,

medida adoptada por los poderes públicos no puede hacerse por referencia a un modelo económico general, según sea conforme o no al mismo. No puede declararse inconstitucional una actuación económica por ser contraria al «mercado» o a la «economía de mercado» o a cualquier otro modelo o sistema económico respecto del cual se pretenda que ha sido acogido por la Constitución. Puede existir, a efectos descriptivos, un llamado modelo económico constitucional, en el que se integren y alcancen unidad sistémica los diversos elementos normativos que la Constitución proyecta sobre la economía, pero tal modelo carece de valor y fuerza prescriptiva.

— En segundo lugar, la neutralidad de la Constitución no equivale a apertura absoluta de la misma y no significa que en su interior quepa cualquier modelo económico. Las normas constitucionales con proyección económica no sólo se construyen sobre la base de ciertos presupuestos ideológicos que implican también determinadas opciones económicas de principio, sino que además establecen exigencias y límites, que conllevan algunas opciones y excluyen otras. En especial, la garantía constitucional de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, aun cuando tales derechos se encuentren en la actualidad fuertemente penetrados por el interés público, como se verá, significa excluir ciertas opciones y ciertos modelos económicos, basados en la planificación estatal vinculante y la coordinación centralizada de las decisiones económicas. Y, al mismo tiempo, la orientación constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto de la marcha de la economía, que abandone su gobierno a la *mano invisible* del mercado.

La valoración jurídico constitucional de la actuación económica de los poderes públicos no puede hacerse en función de su conformidad a un modelo económico predeterminado, sino por referencia a las diversas y concretas normas que en la materia contiene la Constitución. Una medida económica pública no será inconstitucional por resultar contraria a la economía de mercado, sino por no contar con una adecuada habilitación constitucional, por perseguir una finalidad no amparable en la Constitución, por vulnerar derechos o liberta-

pág. 237), garantizar 1789 frente a 1917. Sin embargo, más adelante en la misma Alemania este concepto se desvinculó en gran parte de sus orígenes ideológicos, y así, Nipperdey, después de la Ley Fundamental de Bonn, sostuvo que tal sistema garantizado constitucionalmente era el de *economía social de mercado*. Sobre la cuestión, me remito a mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit., págs. 177 y sigs. Sobre esta cuestión resultan de interés entre nosotros y más recientemente las consideraciones de J. BAQUERO CRUZ: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 57 y sigs.

des de los ciudadanos o por contravenir el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Lo decisivo, a efectos de valoración jurídico-constitucional, no es el *sistema económico*, sino las normas jurídicas que desde la Constitución se proyectan sobre el campo de la economía. Propiamente, no hay una *Constitución económica*, sino un *Derecho Constitucional económico* (7).

La valoración de la legitimidad constitucional de las actuaciones económicas de los poderes públicos puede hacerse a partir de su confrontación con los cuatro tipos básicos de normas que la Constitución proyecta sobre la economía (8):

— Habilitaciones, que autorizan ciertos tipos de intervención, bien directamente (como los previstos en el art. 128.2 CE: iniciativa económica, reserva al sector público e intervención de empresas, y en el art. 131.1 CE: planificación), bien de modo indirecto e implícito, como resultado de ciertos mandatos finalistas, especialmente bajo la forma de derechos económicos y sociales y de principios rectores de la política social y económica (básicamente contenidos en el Capítulo III del Título I, pero también en los arts. 9.2, 27.5, 31.2, 38, 129.1 y 2, 130, 138), que, al orientar la acción pública en determinados sentidos, están igualmente, y quizá éste sea su valor jurídico fundamental, habilitando a los poderes públicos para que actúen en su persecución.

— Normas finalistas, que, bajo la forma de mandatos (arts. 9.2, 31.1, 39-51, 129, 130, 138), principios (arts. 31.2, 128.1 y 139, entre otros) y aún valores (arts. 1.1 y 10.1, principalmente), establecen orientaciones a la acción pública y señalan sus fines legítimos. Sin embargo, las finalidades que legítimamente pueden perseguir los poderes públicos no se reducen a aquellas que expresamente se contienen en tales normas, sino que hay que considerar también como tales aquellas otras que pueden entenderse amparadas implícitamente por la Constitución, por ser reconducibles a algún bien constitucionalmente protegido.

— Derechos y libertades constitucionales, que, por lo que aquí interesa, al establecer determinadas instituciones y al reconocer y garantizar a los ciudadanos determinados ámbitos y facultades de actuación (derecho a la propiedad privada —art. 33—, y libertad de empresa —art. 38—, fundamentalmente,

(7) Con especial énfasis sobre esta distinción, hecha ya en la doctrina alemana de la postguerra (vid. por todos R. STÖBER: *Handbuch des Wirtschafts- Verwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Bonn, 1989, esp. págs. 140 y sigs.) recientemente entre nosotros J. BAQUERO CRUZ: *Op. cit.*, págs. 58 y sigs.

(8) Una explicación más extensa en *Autonomía política y unidad económica*, cit., págs. 195 y sigs.

como piezas básicas de los derechos con proyección económica, pero también libertad de sindicación y derecho a la huelga —art. 28—, libertad de trabajo y libre elección de profesión u oficio —art. 35—, derecho a la negociación colectiva y a medidas de conflicto colectivo —art. 37—, se oponen como límites a la capacidad de intervención económica de los poderes públicos.

— Y, finalmente, normas competenciales (art. 149.1 CE, Estatutos de Autonomía, y, en su caso, otras normas integrantes del bloque de la constitucionalidad), que distribuyen la capacidad de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Este conjunto heterogéneo de normas no se encuentra exento de antinomias y potenciales contradicciones entre sus diversos elementos (entre la libertad de empresa y la planificación o las reservas al sector público, por citar el ejemplo más obvio y de mayor contraste). Por ello, este conjunto normativo debe articularse de modo que pueda proporcionar un parámetro coherente de valoración jurídico-constitucional de las actuaciones públicas en materia económica. Dicha articulación puede realizarse, a mi juicio, engarzando las diversas piezas normativas en una proposición del siguiente tenor: *los poderes públicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, podrán utilizar los medios de intervención económica que habilite la Constitución para perseguir finalidades y objetivos legítimos, amparables en la misma, hasta el límite que fije el respeto a los derechos y libertades constitucionalmente garantizados.*

Ciertamente, la aplicación de estos criterios de valoración, con un alto grado de abstracción y generalidad, no resulta nada fácil y obliga a recurrir a operaciones de interpretación que, como los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, conllevan amplios márgenes de apreciación y un notable potencial conflictivo (9). Pero tiene al menos la virtud de situar el debate sobre la legitimidad de la intervención pública en la economía en el mismo terreno que el resto de acciones públicas y con las mismas dificultades que presenta en otras áreas la interpretación de la norma constitucional.

(9) Especialmente crítico, y hasta escéptico, con las posibilidades de control de la constitucionalidad de las intervenciones públicas en la economía, ARIÑO: *Op. cit.*, págs. 113 y sigs. E. MALARET, por su parte, cifra lúcidamente las dificultades de este control en la no predeterminación por parte de la norma constitucional de las conductas a realizar, dado su carácter de programación final, y en el amplio margen de discrecionalidad que estas normas conceden a los poderes públicos para elegir los instrumentos adecuados para lograr tales finalidades (*Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991, esp. págs. 90 y sigs.). Sobre las posibilidades (y las dificultades) de la interpretación constitucional cuando entran en juego principios como el de proporcionalidad, vid. la reciente obra de M. GONZÁLEZ BEILFUSS: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003, que incluye una amplia bibliografía sobre la cuestión.

3. UN NUEVO MARCO DE REFERENCIA: LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA

El ingreso de España en las Comunidades Europeas en 1986 y la posterior evolución de éstas hacia la Unión Europea suponen un factor nuevo y de decisiva importancia, que condiciona poderosamente la *Constitución económica*. La Unión Europea no constituye, en este ámbito, un mero marco externo, que se superponga, con nuevas y distintas exigencias, a la disciplina jurídica básica de las actividades de los diversos agentes económicos que contiene la Constitución. El derecho de la Unión Europea, con la fuerza que le confieren sus atributos esenciales de primacía y de efecto directo, penetra, se incorpora y condiciona el marco jurídico interno en el que se desenvuelve la intervención pública en la economía, en los cuatro frentes que se han indicado (habilitaciones, finalidades, derechos y competencias).

Como se sabe, los objetivos de la Unión Europea en el ámbito económico, definidos por el art. 2 del Tratado de la Unión (10), se confían básicamente a tres líneas de actuación: en primer lugar, la creación de un mercado interior, a través del pleno desarrollo de las cuatro libertades comunitarias de libre circulación (11) y de las políticas comunes y las medidas complementarias previstas en los Tratados (12); en segundo lugar, el establecimiento de un régimen común de disciplina de la competencia, que contempla tanto las prácticas restrictivas y de falseamiento de la competencia y de abuso de posición dominante por parte de las empresas, como también la limitación y el control de las ayudas y subvenciones otorgadas por los Estados (13); y en tercer lugar, el establecimiento de una unión económica y mo-

(10) Los objetivos económicos indicados en el art. 2, párrafo primero TUE, según la numeración dada por el Tratado de Amsterdam (TA) (antiguo art. B TUE) son concretados y traducidos en *acciones comunitarias* por el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE), en sus arts. 2, 3, 4 y 6, no modificados por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001 y ya en vigor desde el 1 de febrero de 2003.

(11) Libertades de circulación de trabajadores (arts. 39-42 TCE), de mercancías (arts. 23-31 TCE), libre prestación de servicios y derecho de establecimiento (arts. 43-55 TCE) y libre circulación de capitales y de pagos (arts. 56-60 TCE).

(12) Especialmente, políticas comunes sobre agricultura, ganadería y pesca (arts. 32-38 TCE), transportes (arts. 70-80 TCE) y comercio (arts. 131-134 TCE, modificados en parte por el Tratado de Niza), y otras políticas y medidas sobre materias muy diversas, relacionadas con la consecución del mercado interior (fiscalidad, empleo, política social, de educación, de formación profesional y de juventud, cultura, salud pública, protección de los consumidores, redes transeuropeas, industria, cohesión económica y social, investigación y desarrollo tecnológico, medio ambiente y cooperación al desarrollo), contempladas a lo largo del TCE.

(13) Arts. 81 y sigs. TCE, y arts. 87 y sigs. TCE, respectivamente.

netaria, que incluye la creación de una moneda única y su gestión comunitaria (14).

En relación con los derechos económicos, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al examinar las tendencias en los cuatro pilares de la *Constitución económica*, debe indicarse con carácter general que la acción comunitaria, especialmente en materia de libertades de circulación y de defensa de la competencia, ha reforzado de manera poderosa la libertad de empresa, hasta convertirla sin duda en la pieza clave de la ordenación de la economía. Desde luego, el texto constitucional reconoce y garantiza tal libertad, pero su propia configuración constitucional y su permeabilidad frente a intervenciones y límites que puedan encontrar justificación en fines legítimos de índole pública debilita su posición constitucional. En este sentido, el derecho comunitario, a través del proceso de subjetivización (15) que le caracteriza y por el que ha ido convirtiendo normas objetivas en derechos de los ciudadanos, ha reforzado la posición central de este derecho en el orden jurídico de la economía, garantizando dicha posición a un nivel supranacional, con todo el valor y la fuerza que le confiere el derecho comunitario (16).

Por otra parte, los objetivos económicos que deben orientar la intervención de los poderes públicos quedan igualmente condicionados y modulados de forma profunda por la Comunidad Europea, especialmente después de la entrada en vigor de la tercera y definitiva fase de la unión monetaria y de la efectiva puesta en marcha de la moneda única. El art. 121 TCE, introducido por el Tratado de Maastricht y concretado por el Protocolo anejo sobre los criterios de convergencia, así como el posterior Pacto de Estabilidad de 1997 (17), han

(14) Arts. 98 a 124 TCE (modificados en parte por el Tratado de Niza), y Protocolos adicionales, especialmente núms. 18 y 21, sobre Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, y sobre los criterios de convergencia previstos en el art. 121 del TCE, respectivamente.

(15) En expresión de N. REICH: «La Constitución económica europea: ¿una carta para los ciudadanos?», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pág. 21.

(16) En gran parte, el fortalecimiento de la libertad de empresa que, entre otros, ha destacado S. MUÑOZ MACHADO (*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1050), se debe a su anclaje en el derecho comunitario europeo, con todas las consecuencias que ello comporta.

(17) Pacto de estabilidad y crecimiento plasmado en la Resolución del Consejo Europeo de 17 de junio de 1997 sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, en el Reglamento (CE) 1.466/1997 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, en el Reglamento (CE) 1.467/1997 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, y en la Recomendación del Consejo de 7 de julio

diseñado un cuadro de objetivos económicos que encierra en márgenes bastante estrechos las opciones que pueden tomar internamente los diversos Estados miembros. Y ello no sólo en lo que atañe a la política económica general, que obviamente resulta tan profundamente afectada que puede incluso parecer que los Estados deben limitarse a cumplir aplicadamente sus deberes comunitarios, sino también en el ámbito más amplio de las políticas sociales, en general, cuyos márgenes se encuentran prefigurados por los objetivos económicos generales y van estrechándose cada vez más por las políticas y las decisiones comunitarias (18). Este fenómeno nuevo, por el que se fijan a escala comunitaria y supranacional los objetivos y finalidades a conseguir, conduce a un proceso de *desresponsabilización* de los Estados, sin que estén a punto aún los mecanismos que permitan responsabilizar, en términos democráticos, a las nuevas instancias decisorias, que aparecen más como entidades tecnocráticas que como entidades políticas. Naturalmente, escapa al objetivo de estas páginas el examen de este riesgo de dilución de la política, y por tanto de la participación y del control democráticos, en el magma tecnocrático de la Comunidad, pero sí conviene poner de relieve que tal fenómeno ha alcanzado una preocupante dimensión con la creación de la unión monetaria, sin que el actual proceso de elaboración y aprobación de un nuevo tratado para la Unión Europea denominado como *constitucional* haya supuesto, al menos por ahora, un cambio sustancial en esta situación o, al menos, haya introducido una razonable expectativa de que cambie a medio plazo.

Los instrumentos de intervención económica de los poderes públicos internos, en tercer lugar, se han visto también profundamente influidos por el derecho comunitario. Y no sólo los instrumentos propios de la política económica, que en algunos casos han sido amputados del orden interno y entregados a las instancias comunitarias (como la política comercial exterior y arancelaria, desde los primeros momentos, o la política monetaria, después de la puesta en marcha de la unión monetaria) y en otros han sido sometidos a restricciones y condiciones severas (como la política presupuestaria, que debe desenvolverse dentro de los límites de los criterios primero de convergencia y después de es-

de 1997, sobre las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad.

(18) Así, especialmente, el llamado Proceso de Lisboa, acordado en el Consejo Europeo celebrado en esta ciudad los días 23 y 24 de marzo de 2000, que fija un nuevo objetivo estratégico de la Unión Europea para el año 2010: «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible y con más y mejores empleos y con una mayor cohesión social» (Conclusiones de la Presidencia, ap. 5).

tabilidad). También las otras formas y medios de intervención pública han sido afectados, especialmente por la política comunitaria de la competencia y por el régimen comunitario de las ayudas públicas. Las facultades de fomento de los poderes públicos internos, su capacidad de iniciativa económica y la posibilidad de establecer reservas a favor del sector público, medios todos ellos de intervención que habilita la Constitución, deben desenvolverse a partir del ingreso de España en la Comunidad Europea dentro de los límites estrictos del régimen comunitario de la competencia.

Y finalmente, en esta apretada síntesis, cabe poner de relieve que el ingreso de España en la Comunidad Europea ha alterado también la distribución de competencias de intervención económica entre los poderes públicos. Como se verá más adelante con mayor detenimiento, la aparición en el escenario del nuevo agente público que es la Comunidad Europea ha provocado diversos efectos sobre el Estado autonómico. De entrada, este nuevo actor absorbe poderes tanto del Estado (política comercial exterior y arancelaria, política monetaria, política de la competencia y diversas políticas comunes de carácter sectorial) como de las Comunidades Autónomas (política agrícola común y demás políticas sectoriales en ámbitos de competencia autonómica), absorción que en algunos casos significa que la capacidad de decisión y de actuación es transferida a la nueva instancia comunitaria, que pasa a actuar *en lugar de*, y en otros que las actuaciones internas deben acomodarse al marco establecido por la Comunidad, de tal manera que los poderes internos deben ser ejercidos *de acuerdo con*. En ambos casos hay una importante traslación de competencia hacia las instituciones de la Comunidad. Pero la alteración de la distribución interna de competencias no se produce sólo en forma de pérdida y traslado a favor de un tercero, sino que tal transferencia a la Comunidad repercute en el orden interno, en las relaciones que mantienen Estado y Comunidades Autónomas. En la medida que la principal institución decisoria de la Comunidad, el Consejo, está formado por los Gobiernos de los Estados miembros, y que la Comunidad pasa a ejercer poderes que internamente corresponden a las Comunidades Autónomas, se ven alterados los equilibrios de poder que diseña la Constitución. Para restablecer este equilibrio constitucional se hace preciso reformular las relaciones entre ambas instancias de poder, reformulación que básicamente en todos los Estados comunitarios complejos, incluida España, se está ensayando en términos de participación de las instancias territoriales en el doble plano de la formación interna de la voluntad estatal que debe ser representada en Bruselas y de su propia presencia en las mismas instituciones comunitarias europeas (19).

(19) Vid. epígrafe 7.

Como conclusión general de este apartado sólo cabe destacar el enorme impacto que sobre la *Constitución económica* interna ha producido la Comunidad Europea, impacto que, además, ha ido *in crescendo* en los últimos tiempos, al compás de la realización del mercado interior y de la unión económica y monetaria. Hace poco más de veinte años, en una conferencia dictada con ocasión de los ya inminentes debates constituyentes españoles, Jürgen B. Donges decía que el orden económico alemán se sostenía sobre cuatro pilares fundamentales: la regulación de la competencia, la autonomía de las organizaciones sociales, la independencia del banco central y el compromiso del Gobierno sobre ciertos objetivos económicos, plasmados legalmente en el llamado *cuadro mágico* (20) de la Ley de estabilidad y crecimiento de 1967 (21). Pues bien, hoy tres de estos cuatro pilares se sitúan bajo la órbita comunitaria europea, y dos de ellos, además, de forma exclusiva (regulación de la competencia y banco emisor). El impacto comunitario resulta bien elocuente. Por ello no resulta exagerado decir que el balance de la *Constitución económica* es en gran parte la crónica de la progresiva penetración interna del derecho comunitario y del progreso del proceso de integración europea

4. LA HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA

Las previsiones constitucionales de los modos, formas e instrumentos de intervención pública en la economía, hechas expresamente (como la iniciativa pública, las reservas al sector público y la intervención de empresas del art. 128.2 CE, o la planificación general del art. 131.1 CE) o bien admitidas implícitamente *a fortiori* a partir de los mandatos finalistas y otras indicaciones de fines a perseguir por los poderes públicos (facultades de regulación y de ordenación, fundamentalmente), se presentan como meras habilitaciones instrumentales, como facultades de actuación que pueden ser utilizadas para conseguir los fines que la propia Constitución establece o ampara, pero sin que ésta

(20) Mediante la cual se establecen los objetivos de política económica, que deberá atender a la estabilidad de los precios, a un elevado grado de ocupación, a un crecimiento sostenido y al equilibrio de la balanza de pagos.

(21) JÜRGEN B. DONGES (en aquel momento director del Departamento de Desarrollo Económico del Instituto de Economía Mundial de Kiel), «Sistema económico y Constitución alemana», en L. SÁNCHEZ AGESTA (coord.): *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, págs. 135 y sigs.

obligue a usarlas ni establezca tampoco ninguna correlación forzosa entre fines a conseguir e instrumentos a emplear, al menos con carácter general, y a pesar de algunos matices, como se verá más adelante, que no enturbian lo esencial de esta afirmación. Por ello, los poderes públicos pueden recurrir con gran discrecionalidad al instrumental que ofrece la Constitución para cumplir con los deberes que la misma les impone y perseguir los fines y objetivos que deben orientar su acción, con la única obligación, al menos por lo que aquí interesa, de respetar la necesaria relación de adecuación y proporcionalidad entre los fines legítimamente perseguidos y los medios empleados para su consecución. Y, en el ejercicio de esta discrecionalidad constitucional, pueden observarse algunos rasgos y tendencias generales en estos veinticinco años de vigencia de la Ley fundamental.

De entrada, cabe observar el aparcamiento, por parte de los gobiernos de todos los signos políticos, de los instrumentos de intervención más intensos e incisivos, como la planificación general ex art. 131 CE y las reservas al sector público ex art. 128.2 CE. En cuanto a lo primero, ciertamente se ha recurrido, y con profusión, a la técnica de la planificación, con carácter indicativo y en ámbitos sectoriales. Pero ello se ha hecho sin acudir a la previsión del art. 131 CE, que, en opinión del Tribunal Constitucional, contempla una planificación conjunta y de carácter general de la actividad económica (22). Quizá precisamente por esta interpretación, y dado el abandono general de las pretensiones planificadoras globales que se ha producido en las últimas décadas en los países de nuestro entorno, el *mecanismo* que prevé el art. 131 CE ha quedado inédito, aunque podría haberse interpretado, con mayor fundamento en mi opinión, como un mecanismo que pretende esencialmente una articulación formal e institucionalizada de los diversos agentes económicos, públicos y privados, que intervienen en la planificación, sea cual sea el ámbito de ésta. La técnica planificadora, más allá de la mera programación anual del gasto público que hoy aparece como un instrumento indispensable entre las prácticas de buena gestión de los asuntos públicos, ha tenido cabida, sin embargo, entre las formas de intervención pública en la economía (23), pero fuera de los corsés del

(22) STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ. 3, entre otras, siempre en la misma línea.

(23) Así, los planes energéticos, de financiación de viviendas, de carreteras, el plan director de infraestructuras, los planes hidrológicos, el plan nacional de investigación científica y técnica, el plan nacional de telecomunicaciones, y los planes de reconversión y de reindustrialización. Sobre la cuestión, vid. los trabajos de M. BASSOLS, quien en España se ha ocupado especialmente de la planificación económica, *Constitución y economía*, cit., págs. 217 y sigs.; «La planificación económica», en F. GARRIDO FALLA: *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, IEE, Madrid, 1981, y «La planificación de la actividad económica general. Artículo 131», en O. ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales-Edersa,

art. 131 CE y sin respetar, por tanto, sus condiciones. En estos casos, se ha tratado siempre de una planificación sectorial (24), que actúa básicamente mediante incentivos, y que presenta un carácter indicativo, especialmente cuando afecta a los particulares, en tanto que la aceptación del plan es voluntaria y las cargas, deberes y obligaciones que se establecen en el mismo se presentan fundamentalmente como contrapartidas a los beneficios que ofrece. En cuanto a las reservas al sector público que habilita el art. 128.2 CE para los casos de recursos y servicios esenciales, puede decirse que no sólo no se ha incrementado la publicación de actividades económicas con respecto a la situación anterior a la Constitución, sino que la tendencia, fundamentalmente a impulsos de la Comunidad Europea, ha sido precisamente la contraria, la de la liberalización o retorno al mercado de actividades de servicio público o, al menos, situadas bajo la órbita de lo público, como se verá más adelante.

En relación a otro gran instrumento de intervención económica de los poderes públicos, la iniciativa económica, reconocida expresamente por el art. 128.2 CE, se observan igualmente algunas tendencias destacables. En primer lugar, parece claro que la iniciativa pública no está sometida a una relación de subsidiariedad respecto de la privada, a diferencia de lo que ocurriría en el régimen anterior a la Constitución (25). A pesar de algunas primeras opiniones

Madrid, 1998, tomo X, esp. págs. 153 y sigs., y E. MALARET: *Op. cit.*, esp. págs. 149 y sigs. Vid. igualmente S. MARTÍN RETORTILLO: «Derecho administrativo económico», *cit.*, págs. 364 y sigs., y G. ARIÑO y L. LÓPEZ DE CASTRO: «La planificación», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. MORENO: *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 475 y sigs., con especial incidencia en los diversos modelos de planificación sectorial.

(24) Con algunas excepciones iniciales, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales intentaron la planificación global de su economía, sin ninguna continuidad (así, los planes económicos de Andalucía —1984-1986—, de Cataluña —1984-1988—, de Galicia —1984-1987—, o el programa económico valenciano —1984-1987—, entre otros). En las Comunidades Autónomas, la planificación se ha desarrollado después básicamente en forma de planes de desarrollo regional, al compás de las exigencias del Fondo de Compensación Interterritorial y del FEDER y demás fondos estructurales europeos.

(25) Al menos nominalmente: ap. XI.4 del Fuero del Trabajo (1938): «En general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la nación»; ap. X de la ley de Principios del Movimiento nacional (1958): «La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado», aunque a partir de la Ley de creación del Instituto Nacional de Industria (25 de septiembre de 1941), y en el contexto de la autarquía económica, el sector público experimentó un fuerte crecimiento, bien estudiado por la literatura económica (vid. por todos P. MARTÍN ACEÑA y F. COMÍN (eds.): *Empresa pública e industrialización en España*, Alianza, Madrid, 1990, y G. TORTELLA: *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza, Madrid, 1995, esp. págs. 271 y sigs. Sobre los intentos de instru-

en sentido contrario (26), existe coincidencia doctrinal en afirmar que la iniciativa pública, en su configuración por el art. 128.2 CE, ha dejado de estar subordinada a la privada (27). Sin embargo, esta nueva situación no confiere una total libertad de actuación a los poderes públicos para emprender actividades empresariales o, en general, de contenido económico. La posición de los poderes públicos no es equivalente a la de los particulares, que en este ámbito actúan en ejercicio de su libertad, protegida específicamente por el derecho constitucional a la libertad de empresa, consagrado en el art. 38 CE. Los poderes públicos, cuando actúan, no ejercen ninguna libertad, sino que *sirven al interés general*, según la afortunada expresión que emplea el art. 103.1 CE con relación a la Administración Pública y que puede extenderse sin dificultad al conjunto de los poderes públicos de carácter político. La virtualidad de este sometimiento al interés general, en este caso, consiste en la necesidad de justificar el ejercicio concreto de cada iniciativa económica pública en términos razonables constitucionalmente, tal y como ya ha expresado certeramente en este punto el Tribunal Supremo (28).

Junto a este reconocimiento, hay igual coincidencia en destacar que la iniciativa pública debe ser ejercida básicamente en los mismos términos que la privada, o al menos, que debe colocarse en condiciones de igualdad respecto

mentar jurídicamente en términos concretos el principio de subsidiariedad, a través de los Planes de desarrollo de los años sesenta, vid. las consideraciones de S. MARTÍN RETORTILLO: *Derecho Administrativo Económico*, cit., págs. 245-247.

(26) Destacadamente G. ARIÑO: «La empresa pública», en F. GARRIDO FALLA: *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, cit., págs. 38 y sigs. Sin embargo, como también se dirá más adelante, su posición ha evolucionado en parte, admitiendo que la iniciativa pública pueda producirse siempre que haya una justificación basada en el interés general, aunque sigue defendiendo que debe estar subordinada a la iniciativa privada y que debe tener carácter excepcional, lo que no es sino otra forma de presentar el principio de subsidiariedad («El Estado empresario: iniciativa pública y reservas al sector público», en J. L. MONEREO y otros: *Op. cit.*, págs. 445-446).

(27) Por todos, T. DE LA QUADRA: «Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público. Artículo 128», O. ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., tomo X, esp. págs. 54 y sigs., y S. MARTÍN RETORTILLO: *Derecho Administrativo Económico*, cit., págs. 250-251. Incluso G. ARIÑO, en trabajos más recientes, ha desvinculado de la iniciativa pública el requisito de la subsidiariedad respecto de la privada, aunque sigue otorgándole un cierto carácter excepcional y exige con especial insistencia su justificación (*Economía y Estado*, cit., págs. 104 y sigs. y 185 y sigs.).

(28) Sentencia de la Sala Tercera de 10 de octubre de 1989, sobre la constitución de la sociedad «Iniciativas, SA» por parte del Ayuntamiento de Barcelona, que el Tribunal declara no ajustada a derecho y anula, al no acreditar, en síntesis, que «la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación» (FJ. 3).

de ésta. Los motivos doctrinales que para ello se aducen (básicamente, la co-honestación de la iniciativa pública con la libertad de empresa en un marco de economía de mercado) son sin duda de peso, pero no bastan para conducir inequívocamente y de forma necesaria a esta única solución. La consideración, en efecto, del distinto ánimo que mueve al empresario particular (el lucro) y a una instancia pública (el interés público) podría conducir a establecer diferencias de régimen entre ambos tipos de iniciativas económicas (29). Pero ciertamente la tendencia que se observa es la de la equiparación entre ambas, y el factor decisivo que ha empujado la iniciativa pública hacia el mismo terreno de la privada ha sido, una vez más, el derecho comunitario europeo, movido principalmente en este caso por el motor de la defensa de la competencia.

La Comunidad Europea no persigue, ciertamente, la eliminación del sector público de sus Estados miembros. El art. 295 TCE dispone con rotundidad que el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los mismos. Pero a la vez que permite la existencia del sector público de los Estados, con el tamaño, la composición y la naturaleza que cada uno quiera darle, somete a las empresas públicas a las reglas de la competencia que establece el mismo Tratado CEE (art. 86 TCE), por las que se prohíben, por un lado, las prácticas restrictivas y de falseamiento de la competencia (art. 81 TCE) y las de explotación abusiva de posición dominante (art. 82 TCE), y, por otro, además, las ayudas estatales que puedan falsear la competencia (art. 87 TCE) (30). Y éstas son sin duda disposiciones que condicionan intensamente el ejercicio de la iniciativa pública y la actuación económica del Estado.

Sin embargo, no es cierto que dicha equiparación entre empresas públicas y privadas deba ser total y absoluta o, dicho de forma más precisa, que la Comunidad exija que el sometimiento de las empresas públicas al mismo régimen de la competencia que rige para las privadas deba producirse exactamente en los mismos términos que éstas (31). Dicho sometimiento es más matizado, y trasluce una sensibilidad hacia la idea de servicio público que en nada debe sorprender si se considera su hondo enraizamiento en la cultura jurídica de los Estados que integran la Comunidad Europea. Las modulaciones empiezan ya

(29) En especial, en este sentido, TOMÁS DE LA QUADRA: *Op. cit.*, págs. 58 y sigs.

(30) La literatura jurídica sobre la cuestión es casi inabarcable. Vid. por todos, incidiendo específicamente en el ámbito de los servicios públicos, vid. S. MUÑOZ MACHADO: *Servicio público y mercado*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, esp. págs. 139 y sigs. Vid. igualmente J. BAQUERO: *Op. cit.*, págs. 213 y sigs.

(31) Como se expresa, por ejemplo, aunque *obiter dicta*, en un evidente exceso verbal que además no afectaba la cuestión principal debatida, en la Sentencia del TS de 10 de octubre de 1989, citada.

en el momento de definir el concepto de *empresa pública*, dejando fuera del mismo las actividades que entrañen ejercicio de *autoridad pública* (32). Y siguen, expresamente en virtud del propio Tratado CE (art. 86.2), incluso para los casos en que no se afecte al *ius imperii*, excluyendo de la aplicación de las reglas de competencia a las «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» en la medida que la aplicación de tales reglas «impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada» (33). Y terminan con la aceptación de la posibilidad de destinar ayudas públicas a las empresas que prestan servicios públicos o, en los términos del art. 87.2 TCE, «servicios económicos de interés general», exceptuando de este modo el régimen de las ayudas públicas previsto en el art. 87 TCE (prohibición más excepciones) (34).

(32) Sobre el desarrollo de un concepto comunitario de «empresa pública», construido por la Comisión y el TJCE en términos objetivos, según la actividad económica ejercida y no subjetivos, de personificación o estructura organizativa de tal actividad, vid. S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, esp. págs. 149 y sigs. Los problemas para definir cuáles sean las actividades de «autoridad pública» no son menores, pero esta distinción tiene la gran virtud de permitir la separación de este tipo de actividad de aquellas otras que un mismo organismo público desarrolle en el mercado, y que sí se someterían a las reglas de la competencia. Las dificultades prácticas que entraña esta separación de actividades, sin embargo, puede estar en la base de la doctrina del TJCE, que atiende al carácter preponderante de la actividad del organismo que las ejerce para asignarle un régimen unitario, dentro o fuera de las reglas de la competencia del TCE (así, especialmente, Sentencias del TJCE *RTT*, de 27 de octubre de 1993, y *Eurocontrol*, de 19 de enero de 1994).

(33) El art. 16 TCE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, reconoce expresamente el lugar especial que ocupan los servicios de interés económico general. El TJCE, además, se ha mostrado también bastante flexible sobre la posibilidad de permitir restricciones a la competencia justificadas en hacer posible el cumplimiento de las misiones de interés general, de carácter económico, encomendadas a empresas públicas en sentido comunitario (así, sentencias *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993, y *Almelo*, de 27 de abril de 1994, en materia de servicios de correos y de distribución de electricidad, respectivamente).

(34) La cuestión es distinta del examen de la legitimidad de las ayudas e inyecciones financieras, de cualquier tipo, que los poderes públicos realicen en las empresas (públicas o privadas), pues ahí de lo que se trata es que éstos se comporten como «inversores privados en el marco de una economía de mercado», según el criterio expresado por la Comisión y el TJCE (vid. sobre la cuestión MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 169 y sigs.). De lo que se trata aquí es del establecimiento de excepciones de la prohibición de ayudas públicas en el caso de empresas públicas que presten servicios económicos de interés general en el marco del art. 86.2 TCE, y no por aplicación del régimen ordinario del art. 87 TCE, incluidas las excepciones expresamente previstas a la prohibición de ayudas en su apartado 2. Así, resulta exceptuado el régimen entero del art. 87 TCE si las ayudas son necesarias para el cumplimiento de las misiones de interés general que tengan encomendadas las empresas públicas. En el caso de que estas empresas desarrollen al mismo tiempo otras actividades en el mercado, sin este carácter, y, por tanto, en régimen de plena competencia, podrán recibir ayudas públicas por el *sobrecoste del servicio público* que desempeñan,

Como se ve, el sometimiento de la iniciativa pública a las reglas de la competencia y su equiparación con el régimen de las empresas privadas presenta muchos e importantes matices y deja en manos de los Estados una nada despreciable capacidad de maniobra, que se administrará según la propia orientación política interna que se adopte. En este sentido, cabe aún decir que la Comunidad Europea no impone ningún modelo determinado de sector público, ni en cuanto a su tamaño, ni en cuanto a su composición o extensión sectorial, ni en cuanto a su organización y estructura jurídica y empresarial, ni en cuanto al modo o a la forma de estar presente en él y ejercer sus derechos el Estado y el resto de poderes públicos. Todas éstas son decisiones que competen a los poderes políticos internos, y las opciones posibles son muy diversas, aunque no se encuentran exentas de límites (35).

En este orden de cosas, cabe apuntar finalmente dos tendencias en materia de iniciativa pública que, aunque se hayan acentuado recientemente, vienen gestándose desde lejos: la privatización, en el sentido estricto de enajenación al sector privado del capital público de las empresas públicas (36), y la liberalización, como proceso de apertura al mercado de actividades y sectores reservados hasta el momento al sector público, que asumía los servicios públicos co-

aunque, desde luego, el cálculo separado del mismo no es nada fácil de realizar (Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 1997, sobre la radiotelevisión portuguesa, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de enero de 1997, sobre los correos franceses. Sobre la cuestión, MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 181 y sigs.). Vid. igualmente J. BAQUERO: *Op. cit.*, págs. 213 y sigs. Sobre los servicios de interés general, vid. el Informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Laeken, «Los servicios de interés general» [COM (2001) 598 final, de 17 de octubre de 2001].

(35) Especialmente cuando se trata de mantener por parte del Estado un cierto control sobre antiguas empresas públicas que han sido privatizadas. Vid. al respecto las cinco sentencias del TJCE, de 4 de julio de 2002 y de 13 de mayo de 2003, sobre las denominadas «acciones de oro» (en Portugal, Francia, Bélgica, España y el Reino Unido). Sobre esta jurisprudencia, vid. M. N. DE LA SERNA BILBAO: «Comentario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE en relación con las denominadas “acciones de oro”; las restricciones a las libertades de libre circulación de capitales y de establecimiento», *Revista Española de Derecho Europeo*, 7, julio-septiembre 2003, págs. 529 y sigs.

(36) Junto a este concepto estricto de privatización puede situarse otro, más amplio, que se refiere a la sujeción de las actividades desarrolladas por las Administraciones Públicas al derecho privado, en general, fenómeno que ha venido denominándose como *huida hacia el derecho privado*. Este fenómeno, bajo diversas modalidades, viene produciéndose en España, como en el resto de países de nuestro entorno, desde hace tiempo, hasta el punto que, en el ámbito de las actividades económicas públicas, la sujeción al derecho privado es hoy la regla, y no la excepción. Por otra parte, en esta equiparación de régimen con el de las empresas privadas se concentran los mayores esfuerzos comunitarios europeos, como se ha visto, y de ahí nace precisamente el concepto comunitario amplio y material de *empresa pública*.

rrespondientes en condiciones distintas a las del mercado. Respecto de la primera (37), baste decir en esta brevísima síntesis que ésta es una opción política meramente interna, que sin duda cabe dentro de la Constitución, como cabría igualmente la contraria, en el sentido de mantener e incluso ampliar el sector público. La salida del Estado del capital no tiene que comportar sin embargo una pérdida total de su capacidad de decisión y control sobre estas empresas, especialmente cuando desarrollan actividades de interés público. Existen mecanismos de control alternativos a la propiedad, que han sido recogidos por la legislación (autorización administrativa previa para ciertos acuerdos societarios o la llamada *acción de oro*) (38), y que, junto a un adecuado ejercicio de las facultades normativas y ordenadoras que corresponden a los poderes públicos, pueden garantizar suficientemente el respeto del interés público que se encuentre presente en la actividad de estas empresas sin necesidad de que el Estado o los poderes públicos en general tengan que ser al mismo tiempo propietarios de las mismas. La forma en que ello se haga es, de nuevo, una cuestión de opción política interna. Respecto de la segunda tendencia, la liberalización, resulta en cambio en gran parte, otra vez, de los impulsos de la po-

(37) Proceso acentuado a partir del Gobierno del PP, en 1996, que aprobó en junio de este mismo año el plan de modernización del sector público, que preveía un amplio proceso de privatización, pero que tenía ya antes importantes precedentes en las legislaturas anteriores, como las enajenaciones de capital, totales o parciales, de Seat, Enasa, Repsol, Endesa y Argentaria, entre las más significativas. Bajo la legislatura de mayoría socialista 1993-1996 se aprobó además la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, que refleja una determinada concepción de la racionalización del sector público estatal, que, sin derogarla, ha sido sustituida después por otra por el Gobierno conservador, que queda explicitada en el mencionado plan de modernización y que se ha materializado en la reorganización del sector público industrial en torno a la SEPI (en la que se han integrado todas las empresas industriales del Estado, procedentes tanto de Tenco y de la Agencia Industrial del Estado, como del Instituto Nacional de Hidrocarburos) con la finalidad de proceder a su saneamiento y consolidación empresarial, para pasar después a ser privatizadas, en la convicción, expresada directamente en el RD-Ley 15/1997, de 5 de septiembre, de que el objetivo último debe ser *«la salida de la órbita del Estado de toda la cartera industrial del mismo, por estimar que las actividades que la integran tienen más sentido en otros ámbitos de actuación, permitiendo, además, deslindar con toda claridad, el papel de regulador de la actividad económica que al propio Estado corresponde, del de titular, en parte o en todo, de determinados sectores de actividad»* (Exposición de Motivos).

(38) Establecida en España mediante la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, y que, impugnada por la Comisión ante el TJCE, fue declarada por éste incompatible con la libre circulación de capitales (art. 56 TCE) y, por ende, la libertad de establecimiento (art. 43 TCE), en cuanto establece un régimen de autorización administrativa previa (arts. 2 y 3.1 y 2 de la Ley 5/1995) (STJCE de 13 de mayo de 2003, Comisión v. España, C-463/2000).

lítica de la competencia que provienen de la Comunidad Europea, a los que se ha unido en España desde 1996 una opción política deliberada del Gobierno en este sentido, que ha avanzado igualmente por la línea de la desregulación (39).

Por último, el apartado de medios de intervención pública en la economía no puede cerrarse sin una alusión, necesariamente muy breve, a otros dos instrumentos básicos, habilitados igualmente por la Constitución, aunque de forma indirecta e implícita, como contenido inherente al señalamiento de determinados fines de los poderes públicos y a la inclusión de mandatos finalistas en la Constitución: las facultades de regulación y de ordenación. Respecto de las primeras, es importante destacar el impacto que en este ámbito también ha supuesto la Comunidad Europea, especialmente a impulsos del proceso de realización del mercado interior que se puso en marcha con el Acta Única Europea de 1986 y las consiguientes actuaciones tendentes a la armonización de las legislaciones nacionales (40). E igualmente cabe mencionar la tendencia hacia la llamada *desregulación*, como proceso por el que se tiende a relajar y a flexibilizar los controles, los requisitos y las exigencias que desde los poderes públicos se establecen para el ejercicio de ciertas actividades económicas, proceso éste que se presenta estrechamente unido al ya aludido de la liberalización, pero que, a diferencia del mismo y a pesar de su gran predicamento entre las corrientes liberales del pensamiento económico, se encuentra más en los programas políticos que en las medidas legislativas operativas, aunque sin duda no es arriesgado aventurar que esta posición, traducida como *actitud*, ha podido frenar el continuo e imparable crecimiento de las regulaciones económicas (41). En relación a las facultades de ordenación, además de señalar

(39) Ambas tendencias se manifiestan en los dos planes de liberalización, modernización y reactivación de la economía, aprobados en muy poco tiempo, y casi de forma inmediata al acceso del PP al Gobierno estatal (planes de junio de 1996 y de febrero de 1997, que afectan, entre otros, a los sectores del suelo y la vivienda, las telecomunicaciones, los servicios funerarios, la energía y los combustibles, las nuevas infraestructuras, los transportes y las infraestructuras del mismo —carreteras, puertos, aeropuertos, ferrocarriles—, los tabacos y el agua).

(40) En multitud de materias y sectores, fundamentalmente con el objetivo de hacer desaparecer las barreras técnicas a las libertades comunitarias de circulación (de trabajadores, mercancías, servicios y capitales), dentro de la estrategia diseñada en el Libro Blanco de la Comisión, de 1985, en la que, sin embargo, la técnica de la armonización cedía terreno a una apuesta por un nuevo enfoque para lograr la eliminación de las barreras no arancelarias a la libre circulación de mercancías, basada esencialmente en el reconocimiento mutuo. Sobre la cuestión, me remito a *Autonomía política y unidad económica*, cit., págs. 152 y sigs.

(41) Esta tendencia se ha manifestado por ejemplo en el campo del transporte, la energía, las comunicaciones, la banca e instituciones de crédito y las profesiones liberales, entre otros. Entre otras normas, los RD Leyes 7/1996, de 7 de junio; 6/1999, de 16 de abril, y 15/1999, de 1 de octubre.

igualmente la presencia de la Comunidad Europea, especialmente en aquellos sectores sobre los que se proyecta una política común, es preciso poner de relieve como tendencia destacada la aparición de autoridades reguladoras independientes, que actúan como verdaderas entidades de ordenación pública de los respectivos sectores. Esta es una tendencia que, importada básicamente del mundo anglosajón y en especial de Estados Unidos, se ha desarrollado en Europa y en España de un modo considerable en los últimos años y que alcanza hoy sectores importantes de la actividad económica (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo de Seguridad Nuclear, Banco de España, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de Energía —antigua Comisión del Sistema Eléctrico nacional y posteriormente, Comisión Nacional del Sistema Eléctrico—), en los que el poder político estatal clásico (Gobierno y Parlamento) ha cedido su lugar a tales autoridades independientes, configuradas bajo un régimen especial, a veces con participación de los propios agentes económicos del sector, y que actúan con formas y mediante medios igualmente especiales y en general más dúctiles y acomodados a las características del respectivo sector (42).

Todas las tendencias señaladas convergen hacia un mismo punto: no se produce tanto una disminución de la presencia del Estado en la economía, que no sólo no se reduce sino que incluso aumenta (43), sino una modificación en sus modos de intervenir, pasando a ejercer una actuación menos *pesante*, en expresión de Cassese (44), actuación que pasa a producirse a través de medios más flexibles, en los que se dulcifican y hasta se esconden las prerrogativas clásicas del *imperium* del poder público, para colocarse en posiciones más paritarias y cercanas a las de los propios ciudadanos y agentes económicos. La presencia del Estado se hace más difusa. Y a esta sensación de *vaporización*

(42) Sobre las llamadas en general «autoridades independientes», aunque tal categoría incluya figuras bastante diversas, hay ya en España una abundante literatura, desde el primer trabajo en la cuestión, de J. M. SALA ARQUER, en 1984 («El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *REDA*, 42, págs. 410 y sigs. Vid. los trabajos contenidos en A. PÉREZ MORENO (coord.): *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1994, y más recientemente las obras de A. RALLO LOMBARTE: *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, y de M. SALVADOR MARTÍNEZ: *Autoridades independientes*, Ariel, Barcelona, 2002, con una extensa bibliografía.

(43) Como muestran las estadísticas oficiales relativas tanto a la participación del gasto del sector público en el PIB (que ha pasado del 29,6 por 100 en 1980 al 43,7 de 1996 y al 39,7 de 2002 —fuente Contabilidad Nacional INE y Eurostat—) como a la aportación de la producción de las Administraciones públicas al PIB (que ha pasado del 10,6 por 100 de 1980 al 16,8 de 1996 y al 16,1 de 2000. Fuente: INE y Eurostat, 2002).

(44) S. CASSESE: *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 1995, pág. V.

del Estado contribuye sin duda también la creciente incidencia en este ámbito de la Comunidad Europea, que es un poder más alejado, menos tangible y perceptible por parte de los ciudadanos. De todo ello se resiente, obviamente, la capacidad de control democrático del poder por parte de los ciudadanos, al menos en sus términos clásicos, que son hasta hoy los únicos conocidos y bien experimentados. El Estado ha pasado a actuar en el terreno de los servicios económicos generales a través de entidades privadas o que se someten al régimen privado, ejerce sus funciones de ordenación y control a través de autoridades independientes, y sus decisiones se encuentran predeterminadas por el marco diseñado desde las lejanas instancias comunitarias europeas. Hay ciertamente una actuación menos *pesante*, pero también menos responsable. Y ello obliga, como tarea de futuro inexcusable, a buscar nuevos mecanismos y nuevas fórmulas que puedan satisfacer con eficacia la necesidad de control democrático de los poderes públicos.

5. LAS FINALIDADES JUSTIFICADORAS DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA

La intervención pública en la economía debe justificarse en finalidades que puedan inscribirse o ampararse en la Constitución. Ello está claro, naturalmente, cuando esta intervención comporta una restricción de los derechos y libertades de los particulares, pues en este caso sólo la existencia de una finalidad legítima que para ser alcanzada exija dicha limitación podrá convertirla a su vez en legítima. Podrá discutirse después el grado de adecuación y de proporcionalidad que guarde la concreta medida que se haya adoptado respecto de la finalidad que la sustenta, pero resulta claro que la existencia *prima facie* de dicha finalidad es el primer presupuesto de validez de la medida de intervención. Pero también ocurre lo mismo respecto de aquellas otras intervenciones públicas de carácter económico que no implican restricción o limitación de derechos constitucionales de las personas, como pueda ser, por ejemplo, el ejercicio de la iniciativa económica pública (45). En estos casos, como en el resto de su acción, los poderes públicos no están actuando en virtud de ninguna libertad, como ocurre con los ciudadanos en general, sino que actúan al servicio de los intereses generales, como indica de forma explícita el art. 103.1 CE, que, aunque se refiere específicamente a la Administración Pública, expresa, a mi

(45) Así, de forma expresa, la sentencia de la Sala Tercera del TS de 10 de octubre de 1989, ya citada.

juicio, un principio general subyacente que resulta aplicable al conjunto de los poderes públicos, como ya se ha dicho. Por ello, sus concretas actuaciones deben poder encontrar su justificación en una finalidad que legítimamente quepa inscribir en la Constitución, como condición de su validez.

Estas finalidades tienen en la Constitución un grado de concreción muy diverso, que va desde el muy genérico «interés general» que exige el art. 128.2 CE para usar determinados instrumentos de intervención, hasta las relativamente más específicas y concretas que en el ámbito económico se contienen en otros preceptos del Título VII (46) y también, extendiéndose al ámbito social, del Capítulo Tercero del Título I CE, que bajo la feliz rúbrica de *principios rectores de la política social y económica* (47), recoge normas de carácter muy diverso (principios, derechos, mandatos finalistas, e incluso valores —aun cuando éstos presentan un grado de abstracción que, a mi juicio, impide derivar directamente de los mismos una regla directamente aplicable—, y también habilitaciones —que vinculan el uso de determinados instrumentos de intervención a unas determinadas finalidades—) (48).

Este marco general de determinaciones constitucionales, necesariamente genérico y a veces también impreciso, debe ser concretado para que de él nazcan orientaciones operativas para la acción pública. Y en el proceso de concreción que ha tenido lugar en España a lo largo de estos veinticinco años pueden observarse al menos dos tendencias que me parecen dignas de atención. En primer lugar, la *absorción comunitaria* de las finalidades económicas que deben orientar la actuación de los poderes públicos. Y en segundo lugar, la aparición de nuevas finalidades y demandas, que dan lugar a nuevas responsabilidades del Estado, en particular en materia de protección del medio ambiente y de *desarrollo sostenible*.

(46) Así, por ejemplo, art. 130 CE, que, aunque con carácter también muy general (modernización y desarrollo de los sectores económicos, y en particular de la agricultura, la ganadería, la pesca y la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles), representa sin duda una mayor concreción en relación con el «interés general», que puede justificar actuaciones especiales en estos ámbitos.

(47) Hay que notar que la práctica totalidad de los preceptos de dicho Capítulo tercero constituyen orientaciones de la actuación pública, que se presentan en muchos casos con la estructura de derechos. En materia económica destaca especialmente el art. 40.1 CE, que contiene las orientaciones básicas en materia de política económica (desarrollo, estabilidad, solidaridad, pleno empleo).

(48) Sobre los diversos tipos de normas que encierran determinaciones finalistas en la Constitución y su valor jurídico, en particular su valor habilitante para restringir, condicionar o limitar derechos, en el ámbito económico, me remito a mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit., esp. págs. 195 y sigs.

Respecto de la primera, sólo cabe decir aquí que, al igual que ocurre en otros campos, la influencia comunitaria europea ha resultado decisiva en la determinación de las grandes finalidades que deben orientar la actuación de los poderes públicos en materia económica. A medida que han ido creciendo los poderes de la Comunidad, y especialmente a partir de la Unión Económica y Monetaria, se ha producido una progresiva absorción por parte de la Comunidad de la determinación de las grandes orientaciones de la política económica interna. Y esta absorción, además, ha reproducido básicamente el modelo alemán, de modo que el antiguo «cuadro mágico» de la Ley alemana de estabilidad y crecimiento de 1967 es hoy el programa de convergencia económica adoptado en Maastrich para crear la Unión Económica y Monetaria y el subsiguiente pacto de estabilidad para conservarla. Este es el verdadero marco del que parten orientaciones operativas para la acción pública *interna* en la economía.

La nueva sensibilidad social sobre el medio ambiente, en segundo lugar, ha generado una nueva demanda y ha atribuido a los poderes públicos la responsabilidad de su protección, y aquellas Constituciones históricamente más recientes, como la española, la han incorporado expresamente en su texto. Esta exigencia constitucional de protección, expresada por el art. 45 CE en términos de derecho de los ciudadanos y de mandato finalista a los poderes públicos, tiene una indudable trascendencia económica, pues obliga a ponderar las exigencias del crecimiento y del desarrollo (y, en general, del ejercicio de las actividades económicas) con las que se derivan de la preservación del medio y de la utilización racional de los recursos. La búsqueda de un equilibrio adecuado entre dos polos que a menudo se presentan enfrentados ha generado una nueva concepción del desarrollo, que se ha formulado en el ámbito internacional en términos de *desarrollo sostenible* (49), y que ha sido acogida tanto por la Unión Europea (50) como también internamente por España, aunque de un

(49) El «desarrollo sostenible» es definido en el *Informe Brundland* (Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de las Naciones Unidas, 1987) como «el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». Sobre la génesis de este concepto y sus implicaciones, europeas y constitucionales, MAR AGUILERA: *El desarrollo sostenible y la Constitución española*, Atelier, Barcelona, 2000.

(50) El concepto de desarrollo sostenible fue introducido en las Comunidades por el V Programa de Acción sobre Medio Ambiente, de diciembre de 1992, que se titula precisamente «Hacia un desarrollo sostenible: programa de la Comunidad Europea sobre política y acción en relación con el medio ambiente y el desarrollo sostenible»; el Tratado de Maastrich recogió en gran parte este concepto, pero de modo más restringido («crecimiento sostenible», nueva redacción del art. 2 TCE, al que debe unirse los nuevos artículos relativos al medio ambiente, y especialmente

modo aún bastante irregular y desigual, tanto por su alcance como por su intensidad. En el plano interno, el *desarrollo sostenible* se ha introducido en un doble sentido: por una parte constituye la orientación básica y primordial de algunas actuaciones económicas, en forma bien de iniciativas generales que tienden, con éxito diverso, a impregnar la política económica de las entidades que las promueven (51), bien de actuaciones singulares y concretas, que son escasas aún, pero que muy probablemente van a adquirir mayor peso en el futuro (52); y por otra, constituye un criterio jurisprudencial para valorar la legitimidad de ciertas actuaciones económicas, que se someten a un escrutinio de compatibilidad entre las exigencias opuestas de desarrollo económico y de preservación del medio (53).

6. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONÓMICA

No hay duda de que los derechos sobre los que pivota la *Constitución económica* española, como ocurre también en el resto del constitucionalismo occidental, son básicamente el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE). A estos derechos, no obstante, el texto constitucional de 1978, siguiendo la estela del constitucionalismo del Estado democrático y social, añade otros que de diverso modo vienen, en general, a limitar, condicionar, restringir o modular aquellos primeros. Así, en primer lugar, los derechos reconocidos a otros agentes económicos y especialmente a

el art. 130 R), y el Tratado de Ámsterdam lo integró ya plenamente (art. 2 TCE). Por su parte, el proyecto de Tratado Constitucional elaborado por la Convención y presentado el 18 de julio de 2003, establece en el art. 4 de las cláusulas de aplicación general de su Parte III que «Las exigencias de protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión a que se refiere la presente Parte, en particular al objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

(51) Como la Agenda 21 de la Generalidad de Cataluña, que constituyó un foro en 1998 con participación de agentes de los diversos sectores económicos y sociales, o el Foro 2004 de la ciudad de Barcelona y los municipios integrados en la Red de Ciudades y Pueblos hacia la Sostenibilidad (de la que forman parte, en abril de 2004, 196 municipios de Cataluña y diversas entidades supramunicipales), una de cuyas funciones es la de elaborar indicadores que permitan medir el grado de sostenibilidad de sus actuaciones de relevancia económica.

(52) Actuaciones como la planificación de actividades económicas en áreas de alto valor ecológico (como los planes establecidos en Doñana), o en zonas que corren el riesgo de colapsarse debido a su sobreexplotación (especialmente, algunos planes turísticos de Baleares).

(53) Un análisis detallado de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional y por la jurisdicción ordinaria para realizar la ponderación entre las exigencias derivadas del desarrollo económico y de la protección del medio ambiente, en MAR AGUILERA: *Op. cit.*, págs. 147-250.

los trabajadores (derecho de sindicación, derecho de huelga, negociación colectiva); y, en segundo lugar, los derechos económicos y sociales, que bajo la forma general de mandatos a los poderes públicos se traducen bien en derechos prestacionales (sanidad, educación, prestaciones por desempleo, pensiones de diversa índole, entre las principales), bien en regulaciones que limitan, condicionan o, en general, afectan al derecho de propiedad (por ejemplo, el derecho a la vivienda, art. 47 CE, la defensa del medio ambiente, art. 45.2 CE o la protección del patrimonio histórico-artístico, art. 46 CE) o a la libertad de empresa (por ejemplo, defensa del medio ambiente, defensa de los consumidores y usuarios, art. 51 CE).

Cabe decir de entrada que en esta materia es muy difícil observar tendencias generales, y en este espacio, además, no resulta posible hacer un balance del desarrollo de estos derechos adyacentes en estos veinticinco años de vigencia de la Constitución. Si acaso, y aún fragmentariamente, puede destacarse que algunas de las piezas clave de los derechos de los agentes sociales, como es el derecho de huelga y las medidas de conflicto colectivo, se han dejado en gran parte a la autorregulación de los propios actores implicados. Resulta significativo, en este sentido, que el antiguo Real Decreto Ley sobre relaciones de trabajo de 1977 (RD Ley 17/1977, de 4 de marzo) que regulaba el derecho de huelga, y que fue declarado en gran parte inconstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril), no haya sido aún sustituido por una nueva legislación sobre conflictos colectivos, adecuada a la Constitución (54).

En relación al derecho a la propiedad y a la libertad de empresa deben hacerse ante todo algunas observaciones generales. La primera, que la Constitución de 1978 refleja claramente el estadio actual de evolución de estos derechos, sometidos en los últimos cien años a profundas transformaciones en las que han ido perdiendo el carácter *sagrado e inviolable* con el que nacieron en el primer liberalismo (55). Transformaciones que presentan como hilo conduc-

(54) Destaca en esta línea de autorregulación el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC), suscrito entre los sindicatos CC.OO. y UGT y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME el 25 de enero de 1996 (publicado en el *BOE* de 8 de febrero de 1996), con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2000, y prorrogable por períodos de cinco años, salvo denuncia de alguna de las partes.

(55) Vid. L. DIEZ PICAZO: «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1257 y sig.; S. RODOTÀ: *El terrible derecho, Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986; F. REY MARTÍNEZ: *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1994, págs. 11 y sigs., y A. LÓPEZ Y LÓPEZ: «El derecho a la propiedad privada y a la herencia», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. MORENO: *Comentario*, cit., págs. 249 y sigs.

tor común la progresiva penetración del interés público en el interior de estos derechos, que, en su concepción liberal clásica, son puramente individuales y excluyentes. Y fruto de esta progresiva penetración del interés público es la atribución a estos derechos de una *función social*, que la Constitución ha reconocido de manera expresa y que no ha hecho sino consolidarse en la práctica habida durante su vigencia.

La función social afecta, debilitándolo, al contenido objetivo de estos derechos, pero cabe notar igualmente, en segundo lugar, su debilitamiento también en su dimensión subjetiva. La Constitución, en efecto, no pone a su servicio medios directos de protección subjetiva, sino tan solo de protección objetiva. Ello, naturalmente, no quiere decir que el derecho a la propiedad y la libertad de empresa carezcan de una posibilidad de defensa subjetiva, pues la Constitución les atribuye expresamente eficacia directa y por tanto encomienda su tutela a los tribunales ordinarios (art. 53.1 CE). Pero, ciertamente, para ellos dispone sólo instrumentos constitucionales de defensa objetiva (recurso y cuestión de inconstitucionalidad), descartando en cambio los de protección subjetiva (recurso de amparo). Esta preferencia constitucional por la dimensión objetiva de estos derechos, al menos en cuanto a medios de protección se refiere, resulta sumamente elocuente acerca de la concepción que subyace de los mismos, más como instituciones del orden económico que como garantía de concretos ámbitos de libertad y de disposición de los ciudadanos, individualmente considerados.

Esta doble debilidad, subjetiva y objetiva, es perfectamente perceptible en el derecho de propiedad. La propiedad privada ocupa sin duda un lugar central en el orden económico-social español, recogiendo la expresión contenida en el voto particular de los magistrados Rubio Llorente y Gabaldón a la STC 6/1991, de 15 de enero, pero también es cierto que ha dejado de ser el derecho «inviolable y sagrado» que proclamaba el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que hoy no puede definirse ya en los términos que lo hacía el Código de Napoleón (56). Por un lado, ha sufrido un notable debilitamiento en su vertiente subjetiva, que agrava más aún la siempre precaria situación que como derecho subjetivo ha tenido la propiedad

(56) El art. 544 del Código civil de los franceses, de 3 de marzo de 1807 (que sustituyó el de 30 de ventoso del año XII —21 de marzo de 1804—) definía el derecho de propiedad como el «droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse un usage prohibé par les lois ou les règlements», aunque el carácter absoluto que se predica del derecho no deba entenderse como una atribución de facultades ilimitadas a su titular, sino más bien como una completa desvinculación de las sujeciones de carácter feudal que aún pesaban sobre la propiedad. Sobre la cuestión, F. REY: *Op. cit.*, esp. págs. 35 y sigs.

(en la medida que puede ceder como tal derecho sobre un bien o una cosa determinada, para convertirse en un mero equivalente económico, por motivos de necesidad pública, mediante la posibilidad de la expropiación, que ya reconocía la propia Declaración de 1789): de ser uno de los derechos esenciales, junto con la *libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión*, que justifican la constitución de toda asociación política, pasa a perder el rango de derecho fundamental, si tal rango se asocia a los derechos que gozan de la máxima protección constitucional (57), y en todo caso, carece de una protección constitucional subjetiva directa. Pero siendo ello importante, creo que lo es más aún el debilitamiento padecido en su contenido objetivo. La función social, en efecto, y como ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ. 2), no se presenta como un límite externo del derecho, sino que pasa a formar parte de su contenido, permitiendo que éste se configure según las exigencias de la función social que deba desempeñar en cada caso, apreciadas por el legislador de turno (58).

La introducción de la *necesidad pública* en el corazón del derecho de propiedad, bien bajo la forma de *función social* que permite al legislador moldear el contenido del derecho, bien bajo la forma, más clásica, de *utilidad pública o interés social* que permite expropiar, ha permitido intervenciones *fuertes* de los poderes públicos en este ámbito, tanto reguladoras como expropiatorias, que o bien han comprimido el ámbito de las facultades que comporta el derecho de propiedad sobre ciertos bienes (59) o han restringido el propio *campo de la*

(57) Aunque la categoría de derecho fundamental puede definirse según otros criterios, que me parecen incluso más apropiados, como el de la protección de su contenido esencial frente al legislador. En todo caso, aquí se trata sólo de poner de relieve el hecho de que la propiedad, así como la libertad de empresa, no se encuentran en el grupo de derechos a los que la Constitución otorga el máximo rango y protección, que son sin duda los que se recogen en la Sección primera del Capítulo II del Título I (protección mediante recurso de amparo y reforma constitucional agravada).

(58) Sobre la cuestión, entre otros, F. REY: *Op. cit.*, esp. págs. 347 y sigs.; J. LEGUINA: «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 3 (1994), págs. 9 y sigs.; A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 53 y sigs.; L. LÓPEZ GUERRA: «Los derechos de propiedad», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 6, (1998), esp. págs. 116 y sigs., y M. AGUILERA VAQUÉS: *Límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada. Especial consideración a los de carácter medioambiental*, Tesis doctoral (en publicación), Barcelona, 2002.

(59) La legislación sobre el suelo constituye quizá el ejemplo paradigmático de este tipo de intervenciones compresoras de las facultades de la propiedad, al que podrían añadirse muchos más, como por ejemplo, de manera destacada, la legislación de reforma agraria, especialmente en Andalucía y Extremadura, o la legislación de defensa del patrimonio histórico y artístico.

propiedad, eso es, el ámbito de los bienes susceptibles de apropiación privada (60), o bien, en otros casos, han privado directamente y por medios excepcionales del derecho de propiedad a algunos particulares (61).

Además, el acusado carácter general, abstracto e incluso indeterminado de los criterios que pueden emplearse para valorar la legitimidad de estas intervenciones reguladoras, restrictivas y hasta privadoras del derecho de propiedad (la adecuación a finalidades que a su vez puedan considerarse legítimas y su proporcionalidad respecto de las mismas) hace este derecho aún más permeable y sin duda aumenta la capacidad de modelación del legislador, cuyas decisiones en esta materia presentan así un difícil control jurisdiccional. La elasticidad de todos estos conceptos difumina también la distinción entre la *función social* que permite una regulación restrictiva del derecho de propiedad, que podría llegar incluso a la exclusión de ciertos bienes del campo de la propiedad, y la privación del mismo derecho por motivos de interés público, distinción que en cambio conlleva unas muy diversas consecuencias, especialmente en cuanto a la necesidad de indemnización se refiere, y sobre la que existen diferencias de criterio importantes (62).

Sin embargo, a pesar del doble debilitamiento que se ha indicado, cabe concluir que el derecho a la propiedad continua siendo una pieza esencial del orden económico y social sobre el que se diseña la Constitución, orden que no es imaginable sin la existencia de este derecho, reconocido en su núcleo esencial y proyectado sobre un *campo de la propiedad* significativo. Y ello no sólo en su dimensión objetiva o institucional, sino también subjetiva. Nunca se acaba de comprender bien la separación entre estas dos dimensiones de los derechos. Y resulta desde luego absolutamente falsa y artificial cuando la afirmación de una (normalmente la objetiva) sirve para negar a la otra (la subjetiva). Desde luego, no puede pensarse en una situación en la que se defienda la existencia de un derecho en su vertiente objetiva, como institución del ordenamiento, que no comporte al mismo tiempo la atribución a los ciudadanos de un haz de facultades, de mayor o menor extensión, a través del cual puedan hacerlo valer jurídicamente. Pueden variar los medios de defensa y protección, y

(60) Como ha sucedido con la demanialización de las aguas continentales.

(61) Sin duda, uno de los casos más litigiosos jurisdiccionalmente y polémicos desde el punto de vista constitucional en estos veinte años ha sido la expropiación *ope legis* de RUMASA, finalmente confirmada, en su forma y en su fondo, por el Tribunal Constitucional, aunque con una notable carga polémica.

(62) Vid. sobre los criterios de distinción entre delimitación del contenido de la propiedad por su función social y privación de la misma (expropiación), F. REY: *Op. cit.*, págs. 377 y sigs., y, con una especial referencia al sistema norteamericano, M. AGUILERA VAQUÉS: *Límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada*, cit.

la esfera de esta misma defensa estará en función del contenido del derecho y de las facultades que lo integran, que dependerán a su vez de la configuración objetiva que reciba la institución que lo recoja; pero en el ámbito en el que se extienda, con independencia de su amplitud, debe ser posible que sus titulares puedan hacerlo valer jurídicamente. Ello, desde luego, ocurre con el derecho a la propiedad privada.

La libertad de empresa, por su parte, muestra los mismos signos de *debilitamiento constitucional* que el derecho de propiedad, pero de un modo en parte distinto y, sobre todo, con una compensación mediante su reforzamiento en el plano comunitario europeo de la que no dispone el derecho de propiedad. Comparte con la propiedad la falta de protección subjetiva constitucional directa, en la medida que tampoco puede ser objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Y la penetración del interés público en el interior de su contenido, que en el derecho de propiedad se produce a través de la *función social* y de la previsión de expropiación por necesidad pública, en el ámbito de la libertad de empresa viene de la mano, básicamente, de la concurrencia de otros derechos e intereses que la Constitución considera dignos de protección (63). La libertad de empresa ya no puede considerarse una simple extensión de la libertad individual, sometida a su mismo régimen y, por tanto, con unas posibilidades de modulación y de restricción muy severas.

Como ocurre con el derecho a la propiedad, la Constitución acentúa la libertad de empresa en su dimensión objetiva, como elemento estructural e institución básica del orden económico (64), más que como garantía de una concreta libertad de actuación de cada individuo, predicable con carácter general y abstracto respecto de todos los sectores y actividades económicas. Quizá por ello resulte extraordinariamente difícil hallar un «contenido esencial» a esta libertad, como derecho subjetivo (65), siendo preferible, muy probablemente, orientar este esfuerzo hacia su dimensión objetiva, la *institución* de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (66). Pero tampoco aquí

(63) Vid. C. PAZ ARES y J. ALFARO: «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. MORENO: *Comentario*, cit., págs. 357 y sigs., y especialmente págs. 402 y sigs.

(64) Como «elemento nuclear del sistema económico constitucional», en expresión de M. ARAGÓN: *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, págs. 12 y sigs.

(65) Vid. por todos M. ARAGÓN: *Op. cit.*, págs. 19 y sigs., que discute sobre las diversas opciones que se presentan, todas ellas enormemente problemáticas y que acaban reduciendo el *contenido esencial* prácticamente a la nada.

(66) Como por ejemplo hace E. MALARET: *Op. cit.*, págs. 109 y sigs. (esp. pág. 113).

puede olvidarse ni menospreciarse la dimensión subjetiva del derecho, pues de nada sirve la existencia de una institución (que, no se olvide, en su contenido esencial está protegida frente al legislador) si las personas no pueden beneficiarse de ellas y defender jurídicamente los intereses que tal institución ampara.

Como institución central del orden económico, y tanto si su contenido subjetivo básico se sitúa en el terreno de la igualdad (67) como en el más generalizado de la libertad, la libertad de empresa entra en concurrencia con otros derechos y con otros intereses que la Constitución considera dignos de protección (68). De la necesaria ponderación entre todos ellos nace la capacidad de modelación del legislador sobre el contenido de la libertad de empresa, que se descompone en una multitud de regulaciones (comerciales, técnicas, laborales, fiscales) que, en general, limitan y condicionan la capacidad de actuación económica de los particulares en que consiste, primariamente, la libertad de empresa. Y en este sentido tampoco hay que olvidar que el condicionamiento por parte de los poderes públicos de esta capacidad primaria de actuación de los particulares no se produce sólo mediante regulaciones restrictivas y de policía, sino también a través de medidas de fomento e incentivación, que poseen una indudable fuerza de orientación de las iniciativas privadas, a la que éstas no pueden fácilmente sustraerse. La técnica de la planificación mediante incentivos, a pesar del carácter voluntario con el que se presenta, no puede enmascarar el hecho de que se trata en realidad de una intervención que orienta y condiciona la libertad de actuación económica de los particulares, y que, afecta, por tanto, a la libertad de empresa.

En materia de libertad de empresa es especialmente destacable la dimensión horizontal que presenta, sus efectos sobre los particulares, y es éste, paradójicamente, uno de los ámbitos donde la intervención pública directa e inmediata sobre esta libertad adquiere mayor trascendencia. En efecto, el carácter objetivo de la libertad de empresa, como institución central del orden económico, se traduce no sólo en la defensa de dicha libertad frente a posibles injerencias no justificadas de los poderes públicos, sino también, y de manera muy principal, en su defensa frente a las amenazas que provienen del propio mer-

(67) Vid. F. RUBIO LLORENTE: «La libertad de empresa en la Constitución», en E. BORRAJO (dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, págs. 25 y sigs.

(68) Podrían citarse al respecto la casi totalidad de los llamados principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I, pero también otros, como el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (art. 27) o el derecho de sindicación y de huelga (art. 28), por citar solo dos de indudable trascendencia y muy diversos entre sí. Vid. especialmente al respecto PAZ ARES y ALFARO: *Op. cit.*, págs. 402 y sigs.

cado. La libertad de empresa exige un mercado basado en la concurrencia entre empresas, y sólo es posible en este marco. Y la protección de esta concurrencia frente a las tendencias del propio mercado, que garantice la libertad de acceso y de participación en el mismo, incumbe esencialmente a los poderes públicos. De ahí que la defensa de la competencia no deba ser contemplada como una restricción de la libertad de empresa, sino más bien como una garantía de la misma (69), que viene exigida por su dimensión objetiva e institucional. Esta intervención pública en defensa de la competencia, sin embargo, y una vez más, corresponde básicamente a la Unión Europea, al ser ésta una de las políticas propias más incisivas y directas de la Comunidad Europea (70), mientras que el papel del Estado, en su conjunto, con las medidas que ha adoptado (71), queda limitado al ámbito en el que no se produce conexión comunitaria (72), que, sin ser despreciable, presenta desde luego una entidad mucho menor. De esta manera, y como se ha visto ya en otros casos, la responsabilidad principal de la defensa de la competencia, y con ella, de la garantía de la libertad de empresa, incumbe a la Comunidad Europea. La dimensión comunitaria de esta intervención, sin embargo, no asegura su eficacia. La gran cuestión, en efecto, que plantean estos mecanismos, tanto comunitarios como internos, es su adecuación para garantizar la concurrencia en las condiciones actuales, frente a los cada vez más poderosos procesos de concentración que provoca la globalización de la economía. El reto, sin duda, reside en diseñar unos mecanismos de defensa de la competencia adecuados a los nuevos riesgos que amenazan al mercado competitivo.

(69) Como ha señalado acertadamente el TC, STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 4; y STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ. 3.

(70) Artículos 81 a 89 TCE, en la versión dada por la Tratado de Ámsterdam.

(71) Básicamente, Ley 16/1989, de 17 de julio, que sustituyó la antigua normativa, en su mayor parte pre-constitucional. La Ley de 1989 ha sido modificada después, entre otras normas, por los RD Leyes 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, y RR.DD. Leyes 6/2000, de 23 de junio; 2/2001, de 2 de febrero, y 2/2003, de 25 de abril; y por las Leyes 52/1999, de 28 de diciembre; 9/2001, de 4 de junio; 24/2001, de 27 de diciembre, y 53/2002, de 30 de diciembre. La STC 208/1999, de 11 de noviembre, declaró inconstitucionales varios de sus preceptos.

(72) Cuando los efectos restrictivos de la libre competencia no afecten al comercio entre los Estados miembros o al juego de la competencia dentro del mercado común (en negativo, criterio sentado en los arts. 81 y 82 TCE). La propia Ley de 1989 contempla, sin embargo, la posibilidad de concurrencia de procedimientos internos y comunitarios, previendo que la delimitación entre los dos ámbitos de actuación no siempre resulta fácil.

7. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE UN ESTADO COMPLEJO

Finalmente, es preciso hacer referencia a la incidencia que tiene la estructura compleja del Estado sobre la Constitución económica. No puede olvidarse, en efecto, que ésta lo es en un Estado que atribuye la facultad de intervención pública en la economía a diversos niveles territoriales de gobierno, entre los que cabe incluir también a las entidades locales, que cuentan con una considerable capacidad de iniciativa económica. Cómo se distribuyen estas facultades de intervención y cómo se articulan entre sí en un sistema que debe resultar coherente, armónico y eficiente son sin duda cuestiones de la máxima importancia, sobre las que existe una abundante literatura (73). Aquí cabe sólo hacer unas breves observaciones generales sobre cómo, a mi juicio, se han desarrollado las cosas en este ámbito en los veinticinco años de vigencia del texto constitucional y de existencia del Estado autonómico. Y en este sentido creo conveniente destacar especialmente dos cuestiones que considero claves: el proceso de *rediseño* de las competencias que la Constitución confiere al Estado en materia de intervención económica, y la incidencia de la Unión Europea en el equilibrio interno de poderes.

La Constitución, como se sabe, otorga amplias competencias al Estado en materia económica (74), pero la definición de estos poderes estatales se hace de forma heterogénea y diversa, a través de un mosaico de piezas sueltas y fragmentadas, de encaje difícil y en todo caso complejo, cuyo ensamblaje, aún en el caso de que pudiera hacerse pacíficamente, tampoco mostraría con la seguridad y claridad deseables un sistema coherente, que delimite con nitidez los poderes del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia económica. Por ello, no debe sorprender ni el alto grado de conflictividad que se ha suscitado en este ámbito entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni que el Tribunal Constitucional, al resolver los conflictos, haya *reconstruido* las competencias estatales en este sector, asumiendo de hecho un papel protagonista en el diseño del reparto de poderes entre ambas instancias de gobierno. Esta re-

(73) Especialmente, trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, MUÑOZ MACHADO, S. MARTÍN RE-TORTILLO, E. MALARET, O. DE JUAN, J. TORNOS, P. ESCRIBANO, J. GARCÍA TORRES, J. M. BAÑO LEÓN, A. CALONGE y SÁNCHEZ BLANCO, entre otros. Para las referencias bibliográficas concretas me remito a mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit.

(74) Competencias que pueden agruparse básicamente en las cuatro categorías que emplea E. MALARET: sobre el *estatus* de los agentes económicos; sobre los instrumentos de la política económica; sobre *sectores* económicos; y sobre las infraestructuras y la provisión de bienes y servicios (*op. cit.*, págs. 122 y sigs.). Sobre el carácter fragmentario y disperso de esta distribución, y sus problemas, me remito a mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit., págs. 220 y sigs.

construcción ha tomado como norte el principio de unidad económica del Estado (75), y ha dado como resultado la formulación de una especie de título-síntesis de la competencia estatal sobre la *ordenación general de la economía*, implícito en el art. 149.1.13 CE (76), que permite que el Estado «fije las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (77), o, incluso con mayor claridad, esta competencia «abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política global o sectorial fijados por la Constitución, así como las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos» (78). En definitiva, resulta claro de esta jurisprudencia que el Tribunal Constitucional libera al Estado de los corsés de los títulos competenciales expresos del art. 149.1 CE, sectoriales e instrumentales, y que le reconoce los poderes necesarios para fijar los objetivos de política económica, generales y sectoriales, y para adoptar cuantas medidas sean necesarias para su realización. Competencia sobre «ordenación general de la economía» equivale, escuetamente, a competencia de dirección de la economía (79).

Sin embargo, esta competencia estatal de dirección de la economía no puede, en jurisprudencia también consolidada del Tribunal Constitucional, vaciar de contenido las competencias que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas (80). El gran reto, y la exigencia del propio Tribunal Constitucional muchas veces manifestada, consiste en articular de modo

(75) SSTC 1/1982, 29/1986, 88/1986, y en general, todas las relativas a competencias económicas.

(76) Vid. especialmente J. GARCÍA TORRES: «La ordenación general de la economía, título sustantivo de competencia estatal», *REDC*, 17, 1986, págs. 241 y sigs. Para un tratamiento más extenso de este proceso de reconstrucción de las competencias económicas del Estado me remito a mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit., esp. págs. 227 y sigs.

(77) STC 95/1986, de 10 de julio, FJ. 4, que expresa con gran claridad lo que había establecido ya anteriormente el Tribunal Constitucional, especialmente en las SSTC 96/1984, 80/1985, y, sobre todo, en la STC 29/1986, de 20 de febrero.

(78) STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ. 2.

(79) Equivalencia que realiza expresamente el propio Tribunal Constitucional (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ. 3). También ha jugado a favor de la extensión de las competencias del Estado en el campo económico una cierta interpretación difusa e inespecífica de la «unidad de mercado» que a veces aflora, con una fuerza tremendamente expansiva, en la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, la que se expresa en el FJ. 6 de la STC 208/1999), y que se contrapone con otra interpretación mucho más rigurosa y específica en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así, por ejemplo, en las SSTC 52/1988 y 66/1991).

(80) Ya desde la misma STC 29/1986, cit., FJ. 4.

adecuado ambas capacidades de actuación económica. Y ésta es sin duda una de las cuestiones más problemáticas y de más difícil solución en el Estado autonómico, pues debe compatibilizarse la capacidad de intervención de las Comunidades con la capacidad del Estado para dirigir globalmente la política económica. Se han ensayado al respecto fórmulas de colaboración entre ambas instancias, especialmente, y de modo creciente, empleando técnicas de planificación conjunta y participada, pero ni éstas resultan siempre satisfactorias ni puede pretenderse tampoco que las competencias económicas de ambas partes, y en particular de las Comunidades Autónomas, se ejerzan siempre en régimen de cooperación. El Tribunal Constitucional ha avanzado algunos criterios que pueden servir para lograr esta deseable articulación, en términos de lealtad y respeto mutuo a las respectivas competencias (81), pero en absoluto puede decirse que sean suficientes ni que estén suficientemente instalados en la práctica de las relaciones entre ambas instancias. Por otro lado, la también escasa entre nosotros cultura de cooperación y participación dificulta una relación fluida entre las partes, en la que éstas puedan hacer valer sus intereses y puedan ejercer sus facultades en un sistema armónico de actuación.

Respecto de la segunda cuestión indicada, cabe decir que el impacto comunitario sobre las competencias económicas del Estado y de las Comunidades Autónomas se produce en varios sentidos: primero, por el trasvase de capacidad de decisión a las instituciones comunitarias europeas, que desapodera a quien detenta internamente la competencia transferida; segundo, por la aportación de fondos comunitarios a proyectos que deben diseñarse y a veces incluso gestionarse conjuntamente, que obliga a establecer mecanismos de relación entre las partes implicadas, muchas veces bajo fórmulas de planificación conjunta; y tercero, y más destacado respecto a lo que aquí interesa remarcar, por el efecto recentralizador *interno* que provoca la transferencia de poderes a Bruselas, con la consiguiente alteración de los equilibrios constitucionales entre los diversos poderes y niveles de gobierno, que exige una adecuada recomposición.

El trasvase de poderes internos a la Comunidad Europea, en efecto, no

(81) La apelación a la cooperación, especialmente en términos de participación, y a la lealtad es constante en la jurisprudencia constitucional. Especialmente interesantes en materia de participación y de colaboración son las SSTC 68/1996 y 40/1998, que declaran la nulidad de algunas leyes estatales por una insuficiente previsión de mecanismos de participación y de colaboración con las Comunidades Autónomas. En el ámbito específicamente económico, es significativa la STC 14/1989, de 26 de enero, en el intento de establecer una adecuada articulación entre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, en términos de respeto mutuo de las competencias respectivas. Sobre la cuestión me remito a mi trabajo *Autonomía política y unidad económica*, cit., págs. 238 y sigs.

tiene iguales consecuencias para el Estado que para las Comunidades Autónomas. Aunque quien más poderes ceda, especialmente después de la Unión Económica y Monetaria, sea el primero, el Estado *compensa* esta pérdida con una participación directa en la principal institución decisoria comunitaria que debe ejercer los poderes cedidos, el Consejo (82). Sin embargo, las Comunidades Autónomas no sólo no cuentan con una compensación equivalente, al menos suficientemente garantizada bien por la propia estructura de la Comunidad o bien por la Constitución interna, sino que ven como el Estado central, a través del Gobierno, participa en las decisiones relativas al ejercicio de las competencias originariamente autonómicas que han sido asumidas por la Comunidad Europea. Se produce así un doble efecto centralizador: a favor de las instituciones comunitarias, y, al mismo tiempo, a favor del Gobierno central, que altera, como se ha dicho, el equilibrio constitucional de reparto de poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sobre el que se basa la convivencia territorial en España desde la Constitución de 1978. La recomposición de este equilibrio, básicamente en términos de participación en la formación de la posición interna del Estado que debe ser representada en Bruselas, ha constituido una preocupación constante desde el momento del ingreso de España en la Comunidad, pero sólo empezó a ser encauzada mediante el Acuerdo de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, de noviembre de 1994, que establece un sistema de participación basado en las Conferencias sectoriales (83). Sin embargo, la debilidad del sistema de relaciones interadministrativas a través de estos órganos hace débil a su vez a este mecanismo de participación, que no ha alcanzado ni de lejos un grado de satisfacción adecuado. Su fortalecimiento o, en su caso, su sustitución por otro modelo de relación que garantice una participación autonómica efectiva, es sin duda una tarea que deberá ser abordada y resuelta sin demasiada demora por los actores políticos.

(82) Con la excepción, importante, de la política monetaria, que es ejercida por el Banco Central Europeo, que actúa de forma independiente de los Gobiernos de los Estados miembros (art. 108 TCE).

(83) Sobre la cuestión, con referencia también a los modelos comparados, vid. especialmente los tres trabajos de E. ROIG, P. PÉREZ TREMPs y E. ALBERTÍ publicados bajo el epígrafe común «La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado en materias de la Unión Europea», en *Informe Comunidades Autónomas 1994*, vol. I, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1995, págs. 577 y sigs. Sobre la materia existe ya una amplia bibliografía, también en lengua española. Vid. por todos E. ROIG: *Las Comunidades Autónomas y la posición española en los asuntos europeos*, Tirant lo Blanch-IEA, Valencia, 2002, y P. PÉREZ TREMPs (coord.): *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons, IEA, Barcelona, 1998, y la amplia bibliografía citada en estos dos trabajos.

Menos avanzada aún se encuentra la participación directa de las Comunidades Autónomas en las instituciones comunitarias europeas, aun cuando dicha posibilidad se contempla en el propio Acuerdo de 1994. La experiencia comparada, en Alemania, en Austria, en Bélgica, muestra que dicha participación se convierte en elemento importante de la necesaria recomposición del equilibrio interno de reparto de poderes, y en España, desde luego, habrá que ir más allá de la mera participación actual en algunos comités preparatorios de la Comisión. Esta será, sin duda, una de las principales vías de desarrollo y evolución del Estado autonómico en el futuro próximo, e igualmente, una de las cuestiones que deberían ser tomadas en consideración en el actual debate sobre la nueva Constitución europea, que ya no puede obviar, a mi juicio, la existencia de un número importante de Estados que cuentan en su interior con un fuerte escalón regional de gobierno, como parte fundamental de su estructura constitucional (84).

(84) En la Unión de 15 (de 25, a partir del 1 de mayo, aunque los nuevos Estados no disponen de estructuras constitucionales basadas en un principio de descentralización política) existen 74 regiones con poderes legislativos internos, garantizados por sus respectivas Constituciones estatales, que agrupan a un 60 por 100 de la población de la Unión de 15. Sobre la cuestión regional en el debate constitucional europeo actual me remito a mis trabajos «Las regiones en el proyecto de nueva Constitución europea», en E. ALBERTÍ (dir.) y E. ROIG (coord.): *El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 449 y sigs.; y «Las regiones en la nueva Unión Europea», *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 29, nov. 2003. Vid. también el trabajo de E. ROIG: «Una perspectiva regional del debate sobre el futuro de Europa», *Revista de Estudios Políticos*, 119, 2003 (monográfico sobre la reforma de la Unión Europea ante la cita de 2004).

