

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: PROMESAS INCUMPLIBLES

JORGE CANCIO MELIÁ*

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONSTITUCIÓN, ESTADO Y ECONOMÍA. 1. Constitución, democracia, poder constituyente y soberanía. 2. El papel del Estado en relación con la economía. II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. 1. Aproximación al concepto. 2. La Constitución económica de la CE de 1978. 3. Algunos hitos importantes en el desarrollo normativo y fáctico de la Constitución económica de 1978. 4. Valoraciones de esta evolución. III. LA INCIPIENTE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA. 1. El TUE y el TCE como normas “constitucionales”. 2. Elementos fundamentales de la Constitución económica europea. IV. APUNTES SOBRE EL ACTUAL DEBATE ACERCA DEL FUTURO DE EUROPA. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El planteamiento de este trabajo es muy simple. Se trata de constatar que el amplio marco jurídico del sistema económico fijado por la Constitución española de 1978, como consecuencia del tan manido “consenso” propio de la transición, ha sido desplazado en gran parte por una regulación unívoca, de carácter neoliberal y carente de la legitimidad democrática necesaria, que supone la existencia de facto de una “constitución económica europea”. Frente a este hecho consumado, que implica una vulneración de la Constitución de 1978, se formulan una serie de observaciones críticas, prestando especial atención, al final de este trabajo, a la oportunidad abierta por el difícil, lento y ocultado proceso de constitucionalización europea actualmente en ciernes.

* Jorge CANCIO MELIÁ es licenciado en Derecho. Este artículo únicamente ha sido posible gracias al trabajo, discusión y sugerencias del GRUPO DE ESTUDIOS CRÍTICOS. 11ª TESIS, que asume en sus líneas fundamentales las tesis mantenidas en este escrito.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONSTITUCIÓN, ESTADO Y ECONOMÍA

1. Constitución, democracia, poder constituyente y soberanía

Hoy en día se parte de un concepto democrático de Constitución. En principio, existe cierto consenso entre la doctrina actual en este punto. Así, Manuel ARAGÓN llega a señalar que “sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática [...]”¹. Se destaca el carácter de documento autorregulativo fundante de los textos constitucionales. Ello lleva generalmente aparejado el establecimiento de procedimientos rígidos de reforma de la norma fundamental por parte de la propia Constitución, dando lugar a lo que se ha denominado el “poder constituyente constituido” que no es más que el soberano juridificado o limitado por sí mismo en su vertiente procedimental, que no material².

Desde un punto de vista de teoría jurídico-política, el poder constituyente³ es una faceta de la soberanía y ésta, a su vez, es calificada en nuestra norma fundamental como soberanía “popular”, es decir soberanía del pueblo y, por tanto, soberanía democrática. En consecuencia, parece claro que si tomamos al pie de la letra los principios de la teoría jurídico-política actual, de la que se nutre nuestra Constitución vigente, no queda más conclusión que afirmar que en el actual Estado social y democrático de derecho el elemento fundamental debe ser el democrático en lo que a la legitimación, tanto externa como interna, de la Constitución se refiere⁴.

¹ M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 25. En un sentido similar, por ejemplo, J. RUIPÉREZ, “Algunas cuestiones sobre el momento estatal de integración europea: La Unión Europea como forma moderna de Confederación (una primera aproximación)”, en M.A. GARCÍA HERRERA (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, IVAP, Oñati, 1997, pp. 619-645, p. 631.

² Salvo en el caso de las llamadas cláusulas de intangibilidad como la prevista en la ley fundamental (*Grundgesetz*) alemana.

³ Cfr. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, “De la maldad europea y la soberanía popular”, *DOXA* nº 15-16; 1994. pp. 467-483. De acuerdo con ESTÉVEZ ARAUJO, podemos definir poder constituyente como “facultad de adoptar las decisiones políticas fundamentales”, cit., p. 470.

⁴ Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado al respecto que “El principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (STC 6/1981).

En realidad, se trata de tomar al pie de la letra esta postura “ideológica”, en el sentido de que no se compadece con la realidad y por tanto la encubre, para luego utilizarla como rasero u horizonte normativo con el que enjuiciar la legitimidad de la actual constitución económica europea. Frente a esta concepción normativa, reflejada especialmente en el artículo 1.2 de nuestra Constitución, nos encontramos con que en realidad se impone un nuevo tipo de legitimidad, anunciada ya en el Estado de Bienestar⁵, que pone el acento no en el autogobierno de los ciudadanos, sino en la eficacia técnico-productiva que en última instancia remite a la arcaica “ley del más fuerte”⁶.

2. El papel del Estado en relación con la economía

Las funciones del Estado en la economía están estrechamente relacionadas con el momento de desarrollo existente del capitalismo⁷. En este sentido, siguiendo a Samir AMIN⁸ podemos distinguir a muy grandes rasgos las siguientes fases y formas históricas del capitalismo y del Estado:

1. Fase mercantilista: 1500-1800, que no consideraremos en este trabajo.

⁵. Así, por ejemplo, en las críticas de la Escuela de Frankfurt, entre otras, las de H. MARCUSE en *Der eindimensionale Mensch. Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft*, DTV, München, 1994 (*El Hombre Unidimensional*) o J. HABERMAS en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999.

⁶. Cfr. J. R. CAPELLA “Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales”, en J. R. CAPELLA HERNÁNDEZ *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 83-121, p. 111. GARCÍA-PELAYO, en su obra *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, (2ªed.) 1985, p. 38, ya señaló en su día que “el Estado de prestaciones y concretamente el Estado *manager* va asociado a un principio de legitimidad constituido por la *performance*, la funcionalidad o la eficacia de su gestión, principio que coexiste con otros principios de legitimidad y que en el sistema del Estado social debe subordinarse o, si se quiere, interactuar con la legitimidad democrática.” El problema se plantea cuando en vez de subordinarse, el principio de eficacia elimina, suplanta o vacía de contenido al principio democrático o cuando dicho principio carece del suficiente arraigo en la población debido a la ausencia de una sólida tradición democrática, como sucede, según algunos autores, en España. Así lo entiende, por ejemplo, V. NAVARRO, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 2002, pp. 153 y ss.

⁷. Véase M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 72 ss.

⁸. S. AMIN, *El capitalismo en la era de la Globalización*, Ed. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1998, pp. 15 ss.

2. Modelo clásico: 1800-1945, que comienza con la revolución francesa y la revolución industrial y que tiene como superestructura política más importante el Estado liberal, que teóricamente se limita a asegurar las condiciones externas de funcionamiento del mercado.
3. Período de posguerra: 1945-1990. Esta fase se caracteriza por la creación en la Europa occidental de un modelo estatal basado en la economía de mercado pero con tintes sociales, llamado “Estado del bienestar”.⁹
4. El modelo actual, cuya figura institucional más clara es la del “Estado abierto”, si bien empieza a ser patente que éste es simplemente un actor más en un “campo de poder” dominado por la interrelación de corporaciones transnacionales y organismos internacionales o supranacionales de dudosa legitimidad democrática¹⁰.

II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1. Aproximación al concepto

La idea de Constitución económica surge tras la primera guerra mundial y se asienta tras la segunda. Este concepto hace referencia a “una serie de preceptos constitucionales que tienen la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado”¹¹, y puede definirse como el conjunto de “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados, y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulación y garantías más vigorosas.”¹²

Desde un punto de vista histórico y también de elaboración de “tipos ideales” ha de distinguirse entre la constitución económica del Estado liberal,

⁹ *Idem*, p. 52.

¹⁰ Cfr. J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, 1997, capítulo V, pp. 257 ss.

¹¹ Cfr. M. SATRÚSTEGUI, “Lección 17. Derechos del ámbito económico y social”, en LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho constitucional*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 346-370, p. 356.

¹² M. GARCÍA-PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Obras completas*, CEC, Madrid, 1991, Tomo III, pp. 2855-2874, p. 2857.

la constitución económica del Estado social y la actualmente existente. La constitución económica del Estado liberal es implícita¹³ porque al ser un tema perteneciente a la esfera de la sociedad no se requiere la constitucionalización expresa del sistema económico. Basta con garantizar la libertad negativa de los individuos a la propiedad y a la libre elección de oficio.¹⁴ Como señala GARCÍA PELAYO “el orden estatal y el orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independiente, cada uno orientado por sus propios fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso, económicas en otro.)”¹⁵.

La constitución económica del Estado social puede definirse como “[...] la constitución del heterogobierno del mercado y el primado de la política.”¹⁶ Es expresa porque se toma conciencia de la necesidad de someter –al menos parcialmente– el poder económico al poder político, es decir, al poder democrático. Ello se hace en diferentes grados de intensidad; en algunos países no se hacen cambios formales en el texto constitucional, mientras que en otros se establecen las habilitaciones precisas para garantizar la intervención pública, e incluso, en algunas normas fundamentales se establecen fines político-económicos, como es el caso de la Constitución portuguesa de 1976 y, según algunos autores, también de la española de 1978.

En la actualidad, el declive de la constitución económica del Estado social se manifiesta, por un lado, en el abandono más fáctico que expreso de las intenciones socializantes contenidas en muchas de las constituciones europeas de la segunda posguerra mundial y, por otra parte, en el auge de propuestas de constitucionalización de normas de signo completamente contrapuesto dirigidas a limitar la capacidad de endeudamiento de los poderes públicos o restringir el déficit público.¹⁷ La crisis de los años setenta conduce a un replanteamiento de los contenidos de buena parte de las constituciones económicas europeas, “que en la mayoría de los supuestos entraña una mutación constitucional en sentido material”¹⁸.

¹³. Sobre ese carácter implícito cfr. M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 21 ss.

¹⁴. Según A. CANTARO, “El declive de la constitución económica del Estado social”, en M. A. GARCÍA HERRERA (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, IVAP, Oñati, 1997, pp. 153-178, p.153, “la constitución económica del Estado liberal es, en gran medida, la constitución del autogobierno del mercado y de la primacía de la economía”.

¹⁵. M. GARCÍA-PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, cit., p. 2856.

¹⁶. Cfr. A. CANTARO, “El declive de la constitución económica del Estado social”, cit., p. 153.

¹⁷. A. CANTARO, “El declive de la constitución económica del Estado social”, cit., p. 154.

¹⁸. M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, cit., p. 45.

Estas normas suponen el establecimiento de límites rígidos a la discrecionalidad política y se basan en las supuestas reglas naturales e indisponibles del mercado, con lo que se coarta a la democracia, considerada peligrosa y perniciosa desde las posiciones liberales o, mejor dicho, neoliberales¹⁹. Como ejemplos de estas corrientes pueden citarse el nuevo artículo 126 de la Constitución suiza de 1999 en relación con la disposición transitoria duodécima de la misma, así como el propio artículo 104 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) que establece que los Estados miembros no incurrirán en déficits excesivos²⁰. Quizás también podría incluirse entre este tipo de normas “limitadoras” a las que confieren un estatus independiente a los bancos centrales, inicialmente originarias de Alemania y Estados Unidos.

2. La Constitución económica de la CE de 1978

La Constitución republicana de 1931 es el único antecedente de una constitución económica expresa en España antes de la Constitución de 1978²¹. La regulación económica contenida en aquella es bastante escasa, pudiéndose destacar la limitación de la libertad de industria y comercio mediante ley por motivos económicos y sociales de interés general, la posibilidad de socialización de la propiedad, así como la posibilidad de intervención por ley de la explotación y coordinación de las industrias y empresas (artículos 33 y 44). Sin embargo, por razones harto conocidas, sus disposiciones no llegaron a tener una eficacia práctica demasiado desarrollada.

Dentro de la Constitución de 1978 los artículos concretos de mayor relevancia en relación con el modelo de constitución económica son los artículos 38, 128 y 131 CE, al constituir la clave para la determinación del tipo de marco de relaciones económicas fijadas por nuestra norma fundamental.

Interpretaciones en el proceso constituyente y poco después

A efectos de este trabajo interesa hacer en este punto una radiografía o una instantánea de las interpretaciones manejadas durante el proceso constitu-

¹⁹. A. CANTARO, “El declive de la constitución económica”, cit., pp. 170 y s.

²⁰. En España esta tendencia ha tenido hace poco una plasmación en la normativa infraconstitucional mediante la aprobación de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

²¹. Vid. M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, cit., p. 53.

yente y poco después tanto por la doctrina como por parte de los partidos políticos de relevancia y finalmente por el Tribunal Constitucional. Con ello se pretende delimitar el campo de lo constitucionalmente posible dentro de la Constitución económica de 1978. A estos efectos, se agruparán toscamente las distintas interpretaciones según persigan conferir un tono más liberal o más social a las normas constitucionales que disciplinan la economía²². Ello se hará sin ánimo de exhaustividad y huyendo de las interpretaciones más sesgadas a uno y otro lado del espectro político, procurando mantener cierta correspondencia con las posiciones teóricas y políticas verdaderamente relevantes entre 1978 y 1984, sin perjuicio de citar determinadas opiniones mantenidas más recientemente pero que se mueven dentro de los límites de la discusión existente durante la transición. Por otra parte, se tratarán en cada uno de los subpuntos las posturas fundamentales sobre “propiedad privada, libertad de empresa y economía de mercado”, “intervención pública en la economía” y “planificación económica”. Dichos elementos son expuestos en el orden de prelación otorgado a los mismos por cada uno de los “enfoques” referidos. Finalmente se expondrán las líneas generales de la escasa doctrina del Tribunal Constitucional sobre los aspectos básicos definidores de nuestra constitución económica, si bien obviaremos su doctrina relativa al principio de “unidad de mercado” al no ser relevante a los efectos de este trabajo.

Tesis “Liberalizantes”:

Propiedad privada, libertad de empresa y economía de mercado.

Según los autores de tendencia “liberalizante”, el artículo 38 CE suele ser considerado como “cabecera” de la constitución económica. Ello se fundamentaría en su posición en el texto constitucional, entre los derechos de los ciudadanos, protegidos por el artículo 53 CE y relacionados “íntimamente” con determinados derechos fundamentales, características que le otorgarían una posición preeminente sobre la parte dedicada a la intervención pública en la economía. Para HERRERO DE MIÑÓN, que se autoadscribe expresamente a las interpretaciones liberales de la carta magna²³, el artículo 38 CE es sin lu-

²² En este sentido, no se realizará una adscripción absoluta de los diferentes autores contemplados en este trabajo a uno u otro “lado”, sino que se considerarán únicamente sus interpretaciones, por lo que un mismo autor podrá aparecer en ambos “lados” de la clasificación.

²³ M. HERRERO DE MIÑÓN, “La Constitución económica: de la ambigüedad a la integración”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 57, septiembre-diciembre 1999, pp. 11-32, p. 15.

gar a dudas la “piedra angular de nuestra Constitución económica”²⁴. Esta postura se trata de justificar por la diferente ubicación, dentro del texto constitucional, del artículo 38 y de su antagonista o polo opuesto, el artículo 128. En esta línea HERRERO DE MIÑÓN afirma que “lo cierto es que el propio carácter instrumental de los matices del artículo 38 CE [...] y la distinta colocación de una y otra norma en la Constitución y su diferente garantía (artículo 53) y tutela [artículo 161.1.a)] revelan un diferente peso normativo”. En esta línea, tales autores han tratado de conferir un contenido esencial definido, propio e inatacable a la libertad de empresa,²⁵ expandiendo en la medida de lo posible las facultades reconocidas al titular de dicho derecho, y, por otro lado, han intentado canonizar un concepto de economía de mercado identificado con la “economía social de mercado”²⁶ o incluso de “libre mercado” de tinte conservador o neoliberal, según los casos.

Una de las vías argumentativas más elaboradas ha sido sin duda la elegida por HERRERO DE MIÑÓN a tal efecto. Básicamente puede resumirse en hallar una “constitución económica material” mediante el estudio sistemático de la CE “a cuya luz cobran significado las ambiguas expresiones de la Constitución económica formal”²⁷. Esta constitución económica material estaría compuesta por una serie de principios constitucionales básicos, fundamentalmente el de libertad, así como de los derechos y libertades de las secciones primera y segunda del capítulo II del Título I susceptibles de interpretación económica, como la libertad de circulación o la libertad de asociación, a los que deben añadirse finalmente otros derechos de contenido socio-económico interpretados en clave liberal, como la negociación colectiva, la propiedad, el derecho-deber al trabajo etc. De este modo la “economía de mercado liberal” y la “libre empresa privada” son reconducidos al ámbito de los derechos y libertades sus-

²⁴ *Idem*, p. 14.

²⁵ Cfr. G. ARIÑO ORTIZ y otros, *Principios de derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 135.

²⁶ Véase, por ejemplo, J. M. GOIG MARTÍNEZ “Artículo 38. La libertad de empresa”, en ALZAGA, O. (ed.) *Comentarios a las Leyes Políticas*, 2ª ed, Madrid, 1998, tomo III, pp. 729-745, p. 733. El concepto o, mejor dicho, el eslogan de la “economía social de mercado” (“*Soziale Marktwirtschaft*”) fue popularizado en la Alemania de posguerra, siendo utilizado principalmente por el Ministro de Economía conservador Ludwig Erhard. Durante la transición española, Alianza Popular se erigió en principal defensora de esta variante continental del neoliberalismo duro de la Escuela de Chicago. Cfr. O. DE JUAN ASENJO, *La constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984, pp. 20 y 33. De hecho, como señala este autor (p. 34), “Alianza Popular fue el único partido que se pronunció terminantemente por la consagración de un sistema económico concreto y excluyente.”

²⁷ M. HERRERO DE MIÑÓN, cit., p. 20.

ceptibles de protección reforzada a través del artículo 53. 1 y 2 CE, es decir, parcialmente con posibilidad de acudir al recurso de amparo, reforma agravada y regulación principal a través de ley orgánica²⁸, con respeto a su contenido esencial regulable únicamente por ley²⁹.

Intervención pública.

* Iniciativa económica pública.

Algunos autores mantienen en mayor o menor³⁰ medida la pervivencia del principio de “subsidiariedad” franquista³¹, aún cuando durante el proceso constituyente Alianza Popular fuera el único partido que defendiera férreamente su introducción³². Se destaca también que la iniciativa económica reconocida a los poderes públicos en el artículo 128 de la CE deberá, en todo caso, someterse a las mismas condiciones que la iniciativa privada, llegándose a hablar de una “homogeneización jurídico-funcional de la actividad económica pública respecto de la privada”³³, si bien la intervención pública debe cumplir además con el requisito de perseguir el “interés general” en virtud del artículo 103 CE³⁴. Según BASSOLS COMA la iniciativa pública en la actividad económica ha de justificarse en “intereses públicos concurrentes”, sus fines han de poder deducirse del artículo 9.2 CE y en sus medios habrá de respetar los criterios de eficiencia y economicidad del artículo 31.2 CE, así como la defensa de la productividad de la iniciativa privada, conforme al artículo 38 CE³⁵.

²⁸. *Idem*, p. 21, Según este autor el artículo 38 CE “recibe su contenido material de estos numerosos preceptos constitucionales que consagran otros tantos derechos ciudadanos dotados de un contenido esencial”.

²⁹. *Ibidem*.

³⁰. Cfr. M. BASSOLS COMA, cit., p. 171. Este autor indica que el principio de subsidiariedad puede ser un “criterio de ponderación”.

³¹. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que pese a la proclamada “subsidiariedad” el régimen franquista desarrolló un importante, aunque muy desigual y poco competitivo, sector público económico, empezando con la creación del Instituto Nacional de Industria en 1941. Cfr. en este sentido, O. DE JUAN ASENJO, cit., p. 19.

³². *Idem*, pp. 35 y s.

³³. M. MORISI, “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA / A. PREDIERI (dir.), *La Constitución de 1978. Estudio sistemático*, (2ªed), Civitas, Madrid, 1981, pp. 377-421., p. 390.

³⁴. Cfr. entre las tesis que exigen este requisito: M. N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 162 ss.

³⁵. Cfr. M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, pp. 171 y s.

En consecuencia, la intervención pública mediante empresas públicas, según estos autores, vendría limitada por su carácter subsidiario o secundario, por la obligación de someterse al mismo ordenamiento y condiciones de competencia que la empresa privada y por la necesidad de estar justificada en el interés general de un modo claro y preciso y de mantenerse en límites cuantitativos reducidos que no pongan en peligro la libertad de empresa.

* Reserva de recursos o servicios esenciales.

Se asume por la mayoría de estos autores que dicha posición de igualdad, excepcionalmente, podrá romperse cuando, en ejercicio de las potestades reconocidas en el artículo 128 CE, se proceda a una sustracción de áreas económicas mediante ley a través del sistema de las “reservas” al sector público. Este supuesto es considerado, sin embargo, como “absolutamente excepcional”, debiendo cumplirse estrictamente los límites establecidos en el artículo 128.2 CE que son interpretados de modo extensivo³⁶. Además, parte de la doctrina insiste en que también en el ámbito de las actividades reservadas deben regir plenamente las leyes del mercado y respetarse los principios de eficiencia del sector privado³⁷, llegando a exigir que dicha reserva se realice mediante ley orgánica, al suponer una limitación del derecho fundamental (sic!) a la libertad de empresa³⁸.

Planificación económica.

En relación con la planificación económica las posturas liberalizantes destacan en todo caso el carácter eventual e indicativo —en ningún caso imperativo— del tipo de planificación económica reconocida por el artículo 131 de la CE.

Conclusiones del enfoque “liberalizante”.

La conclusión de HERRERO DE MIÑÓN es que la “Constitución material implícita” existente en nuestra norma fundamental supone la exclusión de determinados órdenes económicos “como el de economía de planificación centralizada y vinculante” pues se “promueve un tipo de orden económico en el que prevalecen la libertad de consumo, de competencia, de empresa, de producción, de comercio etc.” Ello le permite asegurar que hay una “opción en favor de un orden económi-

³⁶ Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, p. 137.

³⁷ Citado por M. N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España*, p. 205.

³⁸ Así, ARIÑO ORTIZ, citado por M. N. DE LA SERNA BILBAO, *Idem*, p. 199, nota 423.

co determinado por las decisiones de los ciudadanos” y que “la Constitución no es económicamente neutral entre intervencionismo y liberalismo, sino que pone coto a aquél a favor de éste [...]”³⁹. En la misma línea se manifiesta, por ejemplo, ARIÑO al señalar que “el principio esencial del modelo, que es el alma del mercado, consistirá en la libre y real competencia económica que el Estado tiene el deber de garantizar”⁴⁰. Esta interpretación parte de la supuesta existencia de una división entre derechos y libertades económicos individuales y títulos de intervención del Estado, en el que los primeros predominarían o contarían con una “plusvalencia” sobre los segundos, existiendo una relación de regla/excepción o modelo/correctivo entre ambos grupos de preceptos⁴¹. Esta postura además, cuenta con la especial característica de que niega la legitimidad de interpretaciones divergentes del modelo económico constitucional, por lo que propende a defender una interpretación potencialmente cerrada de la Constitución económica.

Detrás de esta posición late el antiguo debate entre los defensores y adversarios de la normatividad plena de la Constitución⁴². Los autores de tendencias liberalizantes se alinean en dicho debate, en general, junto a las posiciones doctrinales que niegan valor plenamente normativo a ciertas partes de la Constitución. Éstas partes “desvalorizadas” coinciden básicamente con las que imponen obligaciones de hacer o prestacionales en el ámbito político-social a los poderes públicos. Tales normas, que tienen una “carga ideológica” según los citados autores⁴³, pueden ser obviadas por el Estado, diferenciándose claramente de las “normas jurídicas en sentido estricto” cuya aplicabilidad siempre es directa y que abarca, como no, todos los derechos y libertades económicas de sesgo individual⁴⁴.

*Tesis “Socializantes”:
Intervención pública.*

* Iniciativa económica pública.

Según los autores de tendencias “socializantes”, la intervención pública está, al menos, en igualdad de condiciones con la iniciativa privada. La iniciati-

³⁹ M. HERRERO DE MIÑÓN, cit., p. 23.

⁴⁰ Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, cit. p. 136.

⁴¹ *Idem*, pp. 127 ss.

⁴² Solucionado, por cierto, hace tiempo por el TC a favor de los primeros. Véase por ejemplo la STC 16/1982, de 28 de abril.

⁴³ Este tipo de afirmaciones revelan cierto dogmatismo, pues tratan de establecer distinciones artificiales entre normas constitucionales con o sin carga ideológica.

⁴⁴ Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, cit., pp. 140 ss.

va pública se considera como “uno de los elementos que califican el sistema de mercado en el Estado social, donde se atribuye al sector público la función de suplir las insuficiencias del mercado, asegurar las misiones de servicio público, favorecer la igualdad de los ciudadanos e, incluso, ser la punta de lanza de una política económica democrática y jugar un papel de aguijón social.”⁴⁵ En este sentido, se señala que la intervención pública en la economía deja de ser subsidiaria, rompiendo con el precedente normativo de las leyes franquistas, y que, en consecuencia, dicha intervención podrá producirse en posición de igualdad⁴⁶. Esta fue también la postura defendida por los dos principales partidos de la izquierda durante el proceso constituyente, pronunciándose por la existencia de una economía mixta “donde el sector privado conservara un predominio *cuantitativo*, compatible con el protagonismo *cuantitativo* del sector público”⁴⁷. La mayoría de los enfoques “socializantes” comparten, en principio, el que la iniciativa pública económica se someta a los mismos principios que la iniciativa privada. Esa igualdad de régimen supone además el rechazo a las exigencias especiales arriba mencionadas de justificación y cumplimiento de los artículos 103, 31 o 38 CE⁴⁸. No obstante, se afirma que la citada homologación del régimen aplicable a las empresas públicas y privadas no puede obviar el hecho de que la iniciativa económica pública puede y debe perseguir fines distintos al mero afán de lucro. Ello supondría aceptar posibles modulaciones de las reglas aplicables a las empresas públicas, sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de facilitar ayudas o inversiones a las mismas a fin de favorecer el cumplimiento de los fines de interés general que tengan encomendados⁴⁹.

* Reserva de recursos o servicios esenciales.

La reserva de recursos o servicios esenciales es considerada como un instrumento fundamental en la intervención económica del Estado y se destaca su

⁴⁵. Cfr. J. CORCUERA ATIENZA, “La iniciativa pública en materia económica y sus límites”, en M. A. GARCÍA HERRERA (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, IVAP, Oñati, 1997, pp. 255-286, p. 272.

⁴⁶. Esta es la postura adoptada, por ejemplo, por T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128”, en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, 2ª ed, Madrid, 1998, tomo X, pp. 47-85, p. 54.

⁴⁷. Cfr. O. DE JUAN ASENJO, cit. p. 29.

⁴⁸. Cfr. sobre las posiciones que defienden una intervención incondicionada de los poderes públicos, M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., pp. 170 y ss.

⁴⁹. Cfr. en esta línea T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128”, cit. p. 58 y ss. Este autor señala como límites a las modulaciones del régimen aplicable a las empresas públicas el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa y que dichas especialidades se justifiquen en la consecución de intereses generales.

papel para promover una transformación paulatina del sistema a través de sucesivas nacionalizaciones de los sectores estratégicos y claves del modo de producción neocapitalista⁵⁰. Respecto de las actividades realizadas en régimen de reserva, coincidentes en un principio con actividades de “servicio público”, se mantiene que si bien puede existir cierta homologación formal entre el régimen jurídico de las empresas públicas o privadas encargadas de prestar o desempeñar tales actividades, el régimen sustancial o material del servicio permanecerá siempre en el ámbito de lo público, por lo que no cabe hablar en este caso de una homogeneización entre este ámbito y el mundo empresarial privado⁵¹.

Planificación económica.

Pese al carácter eventual o potestativo conferido a la planificación en la Constitución de 1978, algunos autores estiman que de prescindirse de este recurso se vaciarían de sentido los principios rectores de la política social y económica y el mandato general de promoción de la igualdad material establecido en el artículo 9.2 CE. En esta línea, Massimo MORISI afirma que el “plan económico adquiere el carácter de necesidad; en su relación instrumental [...] con el cumplimiento de las funciones “reformadoras” que el artículo 9.2 asigna a los poderes públicos, que el capítulo III del Título I explicita y a las que el Título VII otorga instrumentos macroeconómicos.”⁵² Igualmente, este autor califica la distinción entre planificación indicativa e imperativa como artificial. BASSOLS COMA indica que la Constitución no excluye la posibilidad de una planificación con métodos imperativos, siempre y cuando sea compatible con el artículo 38 CE y con la cláusula del Estado de Derecho⁵³.

Propiedad privada, Libertad de empresa y economía de mercado.

En lo relativo al derecho de propiedad se hace especial hincapié en el “carácter contingente y en permanente devenir” del contenido esencial del mismo, destacando su relegación a la sección segunda del capítulo II del Título I.

⁵⁰. Cfr. por ejemplo, A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 79.

⁵¹. En este sentido LLISSET BORREL, citado por M. N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España*, cit., p. 203.

⁵². M. MORISI, cit., p. 396.

⁵³. Cfr. M. BASSOLS COMA, cit., p. 236.

Las limitaciones al derecho de propiedad son tanto internas, a través de la “función social”, como externas, ya sea por la acción del legislador ordinario, o por las posibles exclusiones que la propiedad privada puede tener en relación con determinados tipos o categorías de bienes, conforme a los artículos 128.2 y 132.2 CE o por la subordinación genérica de toda la riqueza del país al “interés general” prevista por el artículo 128.1 CE, que como nos recuerda GARCÍA-PELAYO “indudablemente sólo puede ser definido por los poderes públicos”⁵⁴. Igualmente se resalta la modulación que impone a la “propiedad productiva” el mandato impuesto a los poderes públicos en el artículo 129.2 CE de “facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

En cuanto a la libertad de empresa, pueden distinguirse dos facetas de la misma: por un lado, su aspecto de derecho subjetivo, y, por otro lado, una faceta objetiva o institucional como “principio de ordenación del que se deriva la facultad de cada empresa [...] para decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación”, destacándose que este último es el elemento fundamental al constituir el “factor constitutivo de un orden económico pluricéntrico frente a un orden económico monocéntrico”, es decir, que “lo único que se exige es una pluralidad de actores económicos con capacidad de decisión y planificación en relaciones competitivas cualquiera que sea la estructura jurídica o económico-social de estos actores”⁵⁵.

En relación con la “economía de mercado”, constitucionalizada novedosamente en el artículo 28 CE, se incide en que son posibles diferentes tipos de economía de mercado tanto capitalistas como, incluso, socialistas⁵⁶. Entre las modalidades de economía de mercado de signo capitalista habría que distinguir entre la economía “libre de mercado”, la economía “social de mercado” y, por último, la economía “dirigida” o “controlada de mercado”. Pese a esta amplitud conceptual, GARCÍA-PELAYO concluye que la “economía de mercado” recogida en el texto constitucional responde fundamentalmente al tercero de los tipos de economía capitalista de mercado antes enunciados⁵⁷, apoyándose para sostener esta afirmación en las obligaciones de hacer impuestas al Estado para mantener las condiciones endógenas y exógenas de la economía de

⁵⁴. M. GARCÍA-PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, cit., p. 2861.

⁵⁵. *Idem*, p. 2862.

⁵⁶. *Ibidem*.

⁵⁷. De forma coincidente con la tesis de GARCÍA-PELAYO se manifiesta T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128”, cit., p. 37.

mercado en los artículos 131, 51, 130.1 etc., reflejadas asimismo en los condicionantes impuestos internamente a la libertad de empresa y a la economía de mercado en el propio artículo 38.

Frente a las posiciones mayoritarias, de uno y otro signo, CORCUERA ATIENZA, mantiene que el artículo 38 CE no tiene por qué ser interpretado únicamente como garantía de la libertad de empresa privada, sino que, dado el carácter de garantía institucional conferido a este precepto, también debería entenderse cubierta por el mismo la empresa pública⁵⁸.

Conclusiones del enfoque "socializante"

En general, los autores que mantienen tesis socializantes señalan que la CE encierra potencialidades, en sus artículos 9.2, 40, 128, 129 o 131 etc., que permiten o, según parte de la doctrina, imponen una política que suponga una progresiva socialización de la economía⁵⁹. No obstante, se pone de manifiesto que dicha transformación no podría producirse a través de cambios bruscos, sino que, como señala GARCÍA-PELAYO, "la normatividad constitucional impide que este cambio pueda ser llevado a cabo bruscamente [...] en un solo acto. Pero no impide que lo sea por una agregación de actos cuyo valor añadido convirtiera los cambios en el sistema en cambios del sistema o de sus sectores determinantes."⁶⁰

La doctrina del Tribunal Constitucional

La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la constitución económica es bastante parca, como ya se ha señalado anteriormente, y fue re-

⁵⁸ Cfr. J. CORCUERA ATIENZA, cit., p. 270. En un sentido contrario, por ejemplo, M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 18 y s.

⁵⁹ A. GARRORENA MORALES, cit., pp. 92 y s., afirma que la Constitución no sólo incluye menciones que van más allá de la mera acción social del estado propias al "esquema mental del neocapitalismo", sino también "otras sobre las cuales es posible apoyar una efectiva transformación", citando entre otras la planificación como límite incluido en el artículo 38, las posibilidades de "progresiva socialización" inherentes al artículo 128.2 o el artículo 129. 2 que "llevado a sus últimas consecuencias, el resultado más obvio de la aplicación de este precepto sería la eliminación de la propiedad capitalista de los medios de producción."

⁶⁰ M. GARCÍA-PELAYO, "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", cit., p. 2873. Según O. DE JUAN ASENJO, cit., p. 26, ésta fue la postura con la que finalmente se conformó el PSOE y que también defendió el PCE.

cogida en relación con los puntos que aquí nos interesan en unas pocas Sentencias de los años 1981 y 1982. Dichos pronunciamientos tienen como fundamento la idea genérica de “apertura” a diferentes opciones políticas, derivada del principio de pluralismo político que forma parte de los principios fundamentales que presiden nuestra Constitución, conforme a su artículo 1.1.⁶¹ De hecho, en opinión del Tribunal Constitucional, este principio de “apertura” o “compatibilidad” a futuras mayorías parlamentarias, dentro del respeto de unos principios básicos, resulta indispensable para el mantenimiento del consenso constituyente de 1978. En la STC 1/1982, de 28 de enero, que asume parcialmente como doctrina del alto tribunal la posición mantenida en un voto particular en la STC 37/1981, de 16 de noviembre, se define la Constitución económica o “constitución económica formal” como las “normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”. En el contexto de la citada sentencia el TC vincula dicho marco al “orden económico y social justo” “garantizado” en el preámbulo, así como a los artículos 128, 131.1, 139.2 y 138.2, destacando que además la Constitución “fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional (artículos 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1)”.

En relación con la compatibilidad pueden citarse las Sentencias 37/1981 y 111/1983, de 2 de diciembre, que afirman expresamente que “el artículo 38, en conexión con los artículos 128 y 131, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad”; “el contenido esencial de la libertad de empresa debe ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del artículo 128 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del artículo 131” (STC 37/1981), ya que la “libertad de empresa ha de ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes y principios constitucionalmente protegidos (arts. 40, 128.1 y 130.1) y, en su caso, de la planificación” (STC 37/1987).

La libertad de mercado y el reconocimiento de la economía de mercado en la CE han sido interpretados fundamentalmente desde un punto de vista de garantía institucional (STC 37/1981), cuyo contenido esencial resulta difícil de definir con carácter abstracto y general, remarcando el compromiso de los

⁶¹. Ver sobre todo la STC 4/1981, fundamento jurídico 3º.

poderes públicos impuesto por la defensa de las condiciones endógenas de la economía de mercado, por lo que las funciones de defensa de la competencia aparecen no como restricciones a la libertad de empresa, sino como una necesaria defensa de la misma y de la propia economía de mercado que en caso contrario “se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste” (STC 88/1986, de 1 de julio). Esta postura un tanto esquivada ha dado paso, posteriormente, a otras Sentencias en las que, sin perder el carácter genérico de los pronunciamientos anteriores, sí se incluyen algunos rasgos definitorios dentro del concepto subjetivo de libertad de empresa, fundamentalmente las libertades de acceso o entrada al mercado, de establecer sus propios objetivos y de dirección y planificación empresarial (STC 225/1993, de 8 de julio).

Conclusión: la constitución económica de 1978 como “modelo abierto”

En resumen, acogiendo la terminología utilizada por DE JUAN, puede afirmarse que el modelo abierto de la constitución económica de 1978 daba cabida a un extenso espectro de opciones de concreción del modelo económico⁶², incluyendo posiciones “neoliberales”, “socialistas democráticas” y “socialcapitalistas”⁶³. De acuerdo con este autor, las propuestas de los principales partidos políticos en el proceso constituyente podían encuadrarse con matices en alguno de los tres tipos ideales señalados⁶⁴. Este modelo abierto constituye una suerte de término medio entre las soluciones dadas en los años setenta al problema de la regulación constitucional económica ante la patente crisis del Estado Social existente entonces. En otras palabras, podría decirse que la defi-

⁶² J. CORCUERA ATIENZA, cit., p. 255, llega a afirmar que los primeros planteamientos sobre la interpretación del modelo económico constitucional “abarcan todo el arco ideológico.” Más matizadamente se pronuncia T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128”, cit., p. 32, que señala que “un abanico excesivamente amplio de posibilidades en cuanto al modelo económico acabaría por hacer inútil el texto constitucional.” En contra de una interpretación tan amplia, aunque coincidente en el fondo, cfr. P. ESCRIBANO COLLADO, “El orden económico en la Constitución española de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 14, mayo-agosto 1985, pp. 77-109, p. 99.

⁶³ O. DE JUAN ASENJO, cit., pp. 20 y ss, expone que “[l]a diferencia de fondo entre estas tres alternativas [...] radica en los principios que, a su entender, deben regir las relaciones entre la iniciativa económica pública y la iniciativa económica privada.”

⁶⁴ *Idem*, pp. 21 y ss. Según De Juan, la UCD mantenía una postura fundamentalmente “sociocapitalista”, frente a las opciones socialistas democráticas mantenidas, en distintas gradaciones, por el PSOE y el PCE, y, finalmente, frente a la postura “neoliberal”, con fuertes tintes paternalistas, defendida por Alianza Popular.

nición del orden económico constitucional es más negativa que positiva, en el sentido de que “se rechazan la economía enteramente libre y la economía enteramente dirigida.”⁶⁵

3. Algunos hitos importantes en el desarrollo normativo y fáctico de la Constitución Económica de 1978

Como veremos a lo largo de este punto, el desarrollo normativo y fáctico acontecido desde el final de la transición, digamos que desde 1984 hasta hoy, ha supuesto una limitación cada vez más acusada de la apertura de la constitución económica de 1978. Seguiremos aquí un orden más o menos cronológico, en el que los hitos fundamentales han sido sin duda alguna la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1985, el proceso de creación del mercado interior europeo impulsado por las instituciones comunitarias con renovada energía desde 1985, dando lugar a las sucesivas modificaciones de los tratados originales mediante la aprobación del Acta Única Europea en 1986 (AUE), el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE) en 1992 y los más recientes de Amsterdam y Niza. También tiene especial relevancia el fenómeno de la “liberalización” de determinados sectores económicos y el de las privatizaciones, estrechamente ligado a la influencia del derecho comunitario, debiendo hacerse finalmente una somera referencia a los instrumentos directos de intervención en el mercado remanentes en manos del Estado.

3.1. *Las omisiones en el desarrollo de los principios de política social y económica*

De forma similar a lo sucedido en Italia y también en Portugal, los grandes objetivos de política social o económica han sido objeto de un desarrollo raquítico, cuando no directamente omitidos u olvidados⁶⁶, en beneficio de una política de estabilidad económica. Esta tendencia ya fue iniciada con el desarrollo parcial de los “preconstitucionales” Pactos de La Moncloa que, como

⁶⁵ Cfr. M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, cit. p. 11. En término parecidos se expresa T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128”, cit., p. 33.

⁶⁶ Teniendo en cuenta que, según M. BASSOLS COMA, cit., p. 96, “su realización progresiva en la sociedad española significará el auténtico cumplimiento de la voluntad del poder constituyente y de la Constitución en el orden económico-social”. Resulta patente la relevancia que tiene la omisión de ese desarrollo pleno.

señala BASSOLS COMA, “[...] evitaron recargar el texto constitucional de precisiones concretas que en otro caso hubieran sido imprescindibles.”⁶⁷ De esta forma queda patente la indefensión de los ciudadanos ante los incumplimientos del Estado cuando se le atribuye a éste una obligación de hacer efectivos los derechos y libertades de carácter material reconocidos en los textos constitucionales. Frente a esta omisión no se prevén mecanismos de reacción jurídica de los que pueda hacer uso la ciudadanía o la oposición política⁶⁸, con lo que se produce una clara asimetría entre los componentes liberales de la norma fundamental, que resultan ser directamente aplicables al requerir una intervención mínima o al menos de reducido coste por parte del Estado, y los componentes sociales, que además al no ser desarrollados plenamente no contrapesan el cariz fácticamente liberal que adquiere la Constitución. La omisión del desarrollo de ciertas instituciones es asumida con total naturalidad por ciertos autores. Así, Manuel ARAGÓN afirma, en relación con el Consejo de planificación inicialmente previsto en el artículo 131 CE, que el mismo no llegó a instaurarse porque “a partir de la integración de España en la Europa comunitaria, no parece haber lugar para que el Estado planifique la economía”⁶⁹.

3.2. *Mediados de los ochenta. El reforzado impulso hacia el mercado interior comunitario*

Poco antes de la entrada de España en las Comunidades Europeas, en 1985, BASSOLS COMA ya avisaba sobre la necesidad de analizar la compatibilidad entre el orden económico constitucional español y el orden jurídico económico comunitario.⁷⁰ No obstante, siguiendo a dicho autor, en esos momentos no parecía existir ninguna contradicción entre ambos órdenes jurídicos, debido a la existencia en ambos modelos de un principio de economía de mercado y a la compatibilidad aparente de las posibilidades de planificación e intervención públicas, previstas en nuestra Constitución, con los objetivos comunitarios, gracias fundamentalmente a la “cláusula de neutralidad” frente al

⁶⁷. *Idem*, p. 76.

⁶⁸. A. GARRORENA MORALES, cit., pp. 105 y ss., enumera algunos instrumentos jurídicos a fin de garantizar en cierta medida la eficacia jurídica del Estado “social”, incluso frente a omisiones del legislador.

⁶⁹. M. ARAGÓN REYES, “Un ejemplo sobre la dimensión estructural del estado social: Los Consejos Económicos y sociales”, en *Privatización y liberalización de servicios*, Ed. G. ARIÑO, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM nº 3, UAM-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 109-121, p. 114.

⁷⁰. Cfr. M. BASSOLS COMA, cit., p. 331.

régimen de propiedad existente en los Estados miembros contenida en el artículo 222 TCEE (ahora 295 TCE)⁷¹. Podemos concluir a este respecto que inicialmente el modelo de constitución económica de la CEE era casi coextensivo o, en otras palabras, de una “apertura” similar al existente en España, aunque quizás algo escorado hacia la derecha.

Sin embargo, poco después de la entrada de España en las Comunidades esta aparente coextensión empieza a resquebrajarse. A mediados de los años ochenta la Comisión Europea lanza su ambicioso programa de consolidación de un mercado único europeo con vistas a su definitiva constitución en 1992⁷². Los instrumentos normativos fundamentales en este proceso son el Acta Única Europea, que entra en vigor en 1987, así como una serie de directivas y elementos de “soft law”, fundamentalmente libros blancos y verdes. El “mercado único europeo” es interpretado dentro de una clave neoliberal hegemónica ya entonces en círculos académicos y políticos. Ello supone que el sector público económico de los distintos Estados miembros sea considerado como una rémora al desarrollo de un mercado único eficiente. En consecuencia, uno de los vectores principales de la política iniciada entonces por la Comisión es la de atacar los derechos exclusivos y especiales⁷³ reconocidos, como complemento al principio de “neutralidad ante el régimen de propiedad de los Estados miembros”, por el antiguo artículo 90⁷⁴ (actual 86) TCEE⁷⁵. Dichos derechos especiales y exclusivos habían permitido hasta la fecha que los Estados miembros dispusiesen de un sector empresarial público potente en ámbitos estratégicos, como las telecomunicaciones, los hidrocarburos o la electricidad, con un peso específico muy relevante en la economía en términos de empleo, participación en la creación del PIB, etc. y una influencia esencial sobre otros sectores económicos o, mejor dicho, sobre el conjunto de la economía, dado que los citados sectores bajo control estatal tenían –y tienen– una influencia directa

⁷¹ *Idem*, p. 338.

⁷² El principal documento programático fue el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas “La consecución del Mercado Interior. Libro Blanco de la Comisión para el Consejo Europeo. Junio de 1985”.

⁷³ Pueden definirse como restricciones en el número de los operadores autorizados a ejercer una determinada actividad económica; la utilización puede concederse a varios operadores (se habla entonces por lo general de derechos especiales) o a uno solo (se habla entonces de derecho exclusivo o de monopolio).

⁷⁴ Vid. artículo 86 (antiguo 90) TCE.

⁷⁵ Cfr., sobre toda esta cuestión, por ejemplo, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII”, en O. ALZAGA (ed.) *Comentarios a las Leyes Políticas*, 2ª ed., Madrid, 1998, tomo X, pp. 15-44, pp. 29 y s. Véase también su “Comentario al artículo 128”, cit., pp. 82 y ss.

sobre el coste de los medios de producción para prácticamente todas las actividades económicas. Como bien señala HERRERO DE MIÑÓN⁷⁶, a partir de 1990 la Comisión, con el respaldo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, inicia el desmantelamiento de los derechos especiales y exclusivos realizando un giro copernicano en la interpretación del citado artículo 90 TCEE, cuya literalidad permaneció invariable. Conforme a esta nueva interpretación los derechos exclusivos y especiales se consideraron contrarios a priori a los principios del mercado único y, por tanto, requerían de una justificación caso por caso para su mantenimiento, estableciéndose unos criterios ciertamente rígidos cuya supervisión correspondía además a la Comisión, con el control último del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), casi siempre afín a sus planteamientos.

Adicionalmente, la Comisión empezó a hacer uso y a ampliar de facto el poder conferido en el apartado 3 del artículo 90⁷⁷ TCEE que le permitía aprobar decisiones y directivas dirigidas a los Estados miembros dentro de sus atribuciones de control del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 90. En efecto, e ignorando la necesidad de que se lograra un acuerdo entre los Estados miembros al amparo de los pertinentes instrumentos normativos de aproximación entre sus legislaciones, conforme al antiguo artículo 100 o 100 A⁷⁸ (actuales 94 y 95), la Comisión impuso⁷⁹ la liberalización de sectores mediante directivas propias, empezando por la Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, cuya "legalidad" fue ratificada por el TJCE en su Sentencia de 19 de marzo de 1991, "República francesa contra Comisión de las comunidades europeas, Competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, Asunto C-202/88". Como señala DE LA SERNA BILBAO "el TJCE ha sido en extremo reacio, a excepcionar la aplicación de las normas de competencia"⁸⁰ dejando inaplicadas las excepciones del artículo 90.2 TCE. Esta línea restrictiva ha sido atemperada, en apa-

⁷⁶ M. HERRERO DE MIÑÓN, cit., p. 26.

⁷⁷ Esta facultad únicamente había sido ejercida en una ocasión: mediante la adopción en 1980 (25 de junio) de la Directiva 80/723 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

⁷⁸ El artículo 100 A fue introducido por el AUE especialmente para facilitar los acuerdos de aproximación de legislaciones para la constitución del mercado interior único al establecer para su consecución la regla de la mayoría cualificada, en vez de la unanimidad exigida en el artículo 100.

⁷⁹ Imposición relativa pues los Estados tampoco han ofrecido demasiada oposición tras su fracaso inicial ante el TJCE.

⁸⁰ M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., p. 268.

riencia, con la nueva corriente jurisprudencial iniciada con las famosas Sentencias Corbeau y Almelo de 1993 y 1994⁸¹, respectivamente. Sin embargo, como se decía, se trata de una matización aparente, pues lo que consagra la nueva doctrina es la estricta separación entre actividades rentables, siempre abiertas a la competencia, y actividades no rentables, cuya prestación corresponde a las entidades encargadas de las misiones de interés general. De hecho, a éstas últimas simplemente se les permite realizar una “compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables” a fin de asegurar que su “equilibrio económico” no es “puesto en peligro”, con lo que su situación competitiva siempre será inferior a la de las empresas privadas, que lógicamente se concentrarán solamente en las actividades que reporten mayor lucro.

3.3. *El TUE y la UEM*

La firma del Tratado de la Unión Europea en 1992 supone la ratificación de la línea neoliberal emprendida pocos años antes y la ruptura definitiva con las opciones “socializantes”. El plan de convergencia acordado como anexo al TUE⁸² impone una política económica de marcado carácter neoliberal, consagrando la primacía de la política monetaria sobre los otros pilares de la política económica. Los cuatro criterios de convergencia se contienen en el apartado 1 del artículo 121 (antiguo artículo 109 J) del Tratado de la Unión Europea y son desarrollados en el anexo mencionado. Estos criterios son el reflejo del grado de convergencia económica nominal que deben alcanzar los Estados miembros. Dichos criterios, ajenos a la convergencia real o material, promueven de hecho una política de privatizaciones en sentido material (venta a capital privado) al imponer la necesidad de equilibrar aceleradamente el déficit público y reducir la deuda pública.

Con el inicio de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM) en 1999 se ha dado un paso definitivo en la europeización de las decisiones fundamentales de política económica.

La UEM se manifiesta en tres planos fundamentales:

- en el plano económico, impone una mayor convergencia de las políticas, con una supervisión multilateral reforzada y con la obligación,

⁸¹. Respectivamente, STJCE de 19 de mayo de 1993, C-320/91, Rec. 1993, I-2533, y STJCE en el asunto C-393/92, Rec. 1994, I-1477.

⁸². Protocolo 10, sobre la transición a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM).

por parte de los Estados miembros de la “zona euro”, de evitar un déficit público excesivo;

- en el plano monetario, una política monetaria única dirigida por el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), compuesto por el Banco Central Europeo (BCE) y los bancos centrales nacionales (BCN);
- la introducción del euro como moneda única de los países participantes.

No se trata de simples declaraciones políticas, sino de disposiciones vinculantes que cuentan con su propio sistema de sanciones y control. La posibilidad de imponer sanciones está establecida en el artículo 104 C del Tratado. En el Reglamento (CE) nº 1467/97 del Consejo se precisan, en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁸³, los detalles de la aplicación de sanciones, que pueden llegar hasta la imposición de multas, en caso de déficit excesivo. Por su parte, el Reglamento 1466/97 refuerza la supervisión de las situaciones presupuestarias (prevista por el artículo 104 C del Tratado), así como la supervisión y coordinación de las políticas económicas (artículo 103 del Tratado).

3.4. Las leyes de “liberalización”

El proceso de liberalización de diversos sectores económicos, sometidos anteriormente a “publicatio”, ha sido consecuencia del movimiento de apertura de tales ámbitos por decisión de las Instituciones Comunitarias desde mediados de los años 80. Dicho proceso ha sido instrumentado a través de la aprobación de sucesivas leyes nacionales que han ido reorientando la regulación hacia la apertura parcial de dichos mercados, introduciendo cierta competencia en “nichos de mercado” o segmentos del mismo en los que generalmente las inversiones iniciales son reducidas⁸⁴ o en los que la garantía de una situación oligopólica es elevada⁸⁵ y, por tanto, está asegurada la rentabilidad de las inversiones privadas que se hagan.

⁸³. Vid. Diario Oficial C 236, 02.08.1997.

⁸⁴. Por ejemplo, las compañías telefónicas especializadas en aprovechar la diferencia entre los precios de interconexión que han de pagar al operador dominante y los precios finales al público que establecen.

⁸⁵. Por ejemplo, en el ámbito de la telefonía móvil, en la que la posición oligopólica es garantizada por la limitación del número de licencias.

Esta “re-regulación” afecta a sectores en los que la acumulación de capital ha sido realizada directa o indirectamente por mano pública y que ahora ya son susceptibles de apropiación privada de los beneficios. No estamos, como a veces se ha dicho, ante un proceso de “desregulación”, concepto que puede dar a entender un funcionamiento únicamente basado en las leyes del mercado, sino ante una “re-regulación” dirigida a garantizar cierta competencia en el mercado abierto⁸⁶, asegurar el proceso de privatización de los bienes públicos, favorecer la transformación de los antiguos monopolios públicos en “campeones nacionales” privados y establecer ciertas garantías transitorias de mantenimiento del servicio, cuya financiación se realiza directa o indirectamente a través de fondos públicos. Esta neo-regulación se caracteriza, además, por estar constituida por nuevos tipos de normas y establecer instituciones cada vez más alejadas de la intervención del común de los ciudadanos⁸⁷ y de todo control democrático.

3.5. *El proceso de privatización*

Según DE LA SERNA BILBAO⁸⁸, puede distinguirse entre privatización formal, que consistiría en el sometimiento de las actividades objeto de la misma al derecho común o privado y que comprendería la privatización de actividades tanto económicas como administrativas –dando lugar así al fenómeno de la “huida del derecho administrativo”– y, por otro lado, la privatización material, consistente en la traslación total o parcial al sector privado de actividades económicas desplegadas hasta ese momento por el sector público. En este trabajo seguiremos un concepto amplio aunque claramente intencionado. No se entenderá aquí únicamente por privatización los cambios de titularidad del capital de determinadas empresas que pasan de manos públicas a manos privadas, sino el fenómeno más amplio conforme al cual el sector público empresarial pasa a regirse por normas estrictamente privadas, de competencia absoluta. De hecho existe un abandono o mejor dicho una renuncia a perseguir los principios no mercantiles que convertían al sector público económico en un “instrumento a través del cual los poderes públicos buscaban dar efectividad a los principios y valores de libertad, igualdad y solidaridad expresados en

⁸⁶ Mediante la institución de Agencias Reguladoras, constituidas como “Administraciones Independientes”.

⁸⁷ Por ejemplo, las ya mencionadas Administraciones Independientes. Cfr. P. MERCADO PACHECO, “El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 123-158, p. 149.

⁸⁸ M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., pp. 36 ss.

la constitución económica”⁸⁹. Podría hablarse incluso de discriminación en contra de las empresas públicas tal y como luego veremos. En consecuencia, utilizando los conceptos acuñados por DE LA SERNA BILBAO, hablaremos aquí sobre todo de privatización formal, circunscrita a las actividades económicas, y de privatización material, como un natural segundo paso una vez completada la anterior.

El proceso de privatización de empresas públicas se inicia en nuestro país a finales de los años ochenta, si bien tiene su auge a partir de 1992 y, especialmente, con la llegada al poder del PP.

Las causas del proceso de privatización⁹⁰, son fundamentalmente la influencia del ordenamiento comunitario, especialmente de su régimen de competencia, la presión ejercida por las exigencias derivadas de los criterios de convergencia para acceder a la tercera fase de la UEM, y, finalmente, consideraciones ideológicas e interés en constituir un “sector privado gubernamental”.

Influencia del ordenamiento comunitario

Como hemos visto anteriormente, deben distinguirse dos fases en la influencia de este ordenamiento sobre los procesos de privatización: por un lado, la inicial hasta mediados-finales de los ochenta en que se mantiene la interpretación originaria de los artículos 86 y ss. del TCE, y, por otro lado, la fase que va desde más o menos 1988 hasta hoy. La primera fase ya despliega todos sus efectos sobre la iniciativa pública empresarial que se ve compelida a ajustarse al régimen comunitario de competencia, en especial al régimen de ayudas públicas y transparencia, lo que lleva a una asimilación de sus modos de gestión a los criterios propios de las empresas privadas, es decir a una privatización formal de su funcionamiento. La segunda fase, en la que se desarrollan los procesos de “liberalización” de los sectores estratégicos, impone una privatización formal a las actividades antes sometidas a reserva y protegidas antaño por los derechos especiales o exclusivos por el cambio de interpretación antes analizado del artículo 90 TCEE. En este sentido, resulta importante diferenciar “liberalización” (sometimiento a las normas de la competencia comunitaria y la consecución de las cuatro libertades básicas para la creación del Mercado Interior) de “privatización material” (eliminar al sector público de los sectores que se privatizan y dejarlos únicamente bajo iniciativa y mando privado). Las nor-

⁸⁹. Cfr. P. MERCADO PACHECO, cit., p. 145.

⁹⁰. Esta lista no pretende ser exhaustiva, puesto que los factores que han promovido las privatizaciones son muy diversos.

mas comunitarias⁹¹ sólo han impuesto directamente lo primero, lo que implica que las empresas, ya sean públicas o privadas, tienen que someterse a las normas de la competencia. Pero no se obliga expresamente⁹² a que las empresas públicas dejen de serlo y pasen a ser privadas.

Influencia de las exigencias derivadas de los criterios de convergencia para acceder a la tercera fase de la UEM

Los antes citados criterios de convergencia, establecidos en el protocolo anejo al Tratado de Maastricht contribuyeron en gran medida a acelerar los procesos de privatización material en casi toda Europa⁹³, dado que los rápidos ingresos obtenidos sirvieron, mediante diversas técnicas de ingeniería financiera, a maquillar los déficits públicos o a minorar la deuda pública.

Consideraciones ideológicas e interés en constituir un "sector privado gubernamental"

No hay que olvidar por último el tan manido tema de la ineficiencia "natural" del sector público, sostenida por algunos autores y partidos políticos. Entre otros muchos argumentos que han sido utilizados para justificar la privatización podemos citar los siguientes: incrementar la competencia para ofrecer a los ciudadanos más variedad de bienes y servicios, mayor calidad y menor

⁹¹ Siguiendo a M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., pp. 248 y ss, "[l]a regulación del Tratado, especialmente los artículos 90, 92 y 222, afirma el principio de neutralidad respecto del régimen de propiedad de los Estados miembros, el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y las privadas y, por último, el principio del inversor en una economía de mercado" como principios que rigen a las empresas públicas. Sin embargo, algunos autores han llegado a destacar que existe cierta prevalencia del principio de igualdad sobre el de neutralidad, llegándose incluso a una discriminación positiva a favor de la empresa privada y en detrimento de la empresa pública al exigir a ésta unos parámetros de actuación no siempre presentes en la empresa privada, especialmente si se consideran las grandes corporaciones transnacionales de carácter oligopólico. En esta línea, cfr. J. CORCUERA ATIENZA, cit., p. 284 y S. Muñoz Machado, citado por M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., p. 252. Esta autora concluye que "toda la regulación de la empresa pública en el TCE tiende a preservar la economía de mercado", cit., p. 254. Desde el punto de vista de este trabajo, únicamente cabría matizar que lo que se defiende es la preservación de la "economía neoliberal de mercado."

⁹² No obstante, la Comisión Europea ha mantenido una posición favorable al proceso de privatizaciones. En este sentido, cfr. M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., p. 222.

⁹³ La propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/1997 aduce como justificación de la liquidación del sector público industrial las restricciones presupuestarias impuestas por el proceso de convergencia nominal hacia la UEM.

precio. Desde planteamientos neoliberales el incremento de eficiencia⁹⁴ es la razón última de las privatizaciones, caracterizándose a las mismas como una devolución de actividades a la sociedad, esto es, “devolverlas” simple y llanamente a la libertad⁹⁵. Sin embargo, tras la privatización han vuelto a aparecer los conocidos fallos del mercado en diversos aspectos:⁹⁶ (i) a veces se ha acentuado el carácter oligopólico, de hecho se está hablando en algunos países de una tendencia hacia la “re-monopolización” de determinados sectores, por ejemplo de las telecomunicaciones “fijas”,⁹⁷ (ii) otras veces los bienes y servicios ni son de mayor calidad ni más baratos, como por ejemplo en las privatizaciones de empresas ferroviarias en Gran Bretaña, en parte ya renacionalizadas, (iii) por último, también se han dado casos de desplome de servicios esenciales privatizados.

En España el fenómeno privatizador alcanzó especial virulencia a partir de 1996⁹⁸. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 sentó las bases del programa de privatización radical y salida de la actividad económica directa del nuevo gobierno del PP⁹⁹. En él se procede a una clasificación y ordenación de las empresas públicas en función de su susceptibilidad de ser

⁹⁴. Sin pretender entrar aquí en el debate sobre la eficiencia del sector público empresarial, únicamente conviene recordar que buena parte de las principales empresas que componen el selectivo índice de bolsa IBEX-35 son empresas públicas recientemente privatizadas.

⁹⁵. En este sentido ver G. ARIÑO ORTIZ “Introducción General”, en *Privatización y liberalización de servicios*, Ed. G. ARIÑO, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM nº 3, UAM-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 19-35.

⁹⁶. Ver D. FERNÁNDEZ NAVARRETE, “La economía de la democracia”, en DÍAZ GIJÓN, FERNÁNDEZ NAVARRETE, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MARTÍNEZ LILLO, SOTO CARMONA, *Historia de la España actual 1939-2000. Autoritarismo y democracia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2ªed., 2001, p. 411.

⁹⁷. En este sentido, G. LÜTGE “Täglich ins Endspiel”, *DIE ZEIT.DE*, nº14/2002.

⁹⁸. Según datos del diario El País, edición del día 17 de mayo de 1998, en los entonces dos años de gobierno popular se habían obtenido más del doble de ingresos en concepto de privatizaciones que durante el periodo 1986-1996 (concretamente, más de 4 billones de pesetas; téngase en cuenta que en 1998 el PIB español ascendió a unos 87 billones de pesetas; datos del “Anuario de El País 2000”).

⁹⁹. Dicho plan de privatización se denominó eufemísticamente “Programa de Modernización del Sector Público”. En dicho documento, al igual que en el preámbulo del posterior Real Decreto-Ley 15/1997 por el que se modifica la ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, se manifiesta que el objetivo último es la “salida de la órbita del Estado de toda la cartera industrial del mismo.” En declaraciones al diario El País, edición del día 17 de mayo de 1998, el entonces Presidente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), Pedro Ferreras, manifestó sin más ambages que “es deseable que en el 2000 no haya sector público.”

privatizadas. El criterio fundamental a tales efectos es, como no, el de “privatización de beneficios sociales y socialización de costes privados”, poniendo en el primer lugar del disparadero a las empresas más rentables y dejando en el furgón de cola a aquéllas que aún arrojen pérdidas¹⁰⁰. Esta política ha sido desarrollada con rapidez y profundidad por parte del Gobierno Popular, de modo que el ya de por sí débil sector público empresarial español, que a principios de los años ochenta representaba alrededor del 15 % de la economía nacional, hoy en día apenas debe de alcanzar el 2 %.

Por otra parte, quizás merezca la pena observar que, según algunos autores, las medidas emprendidas por el partido gobernante no persiguen únicamente fines ideológicos, sino que tienden a la consecución de un sector privado estratégico en connivencia con el gobierno, logrando una mixtificación absoluta entre los intereses partidistas y privados¹⁰¹.

Para finalizar, cabría reflexionar ante el fenómeno de las privatizaciones en España si no se ha transgredido al menos un límite implícito que parece contener el artículo 128.2 CE y la constitución económica en general: el de la existencia, por mínima que sea, de una participación pública directa en la actividad económica que justifique el nombre de “economía mixta”¹⁰².

3.6. *Los instrumentos de control remanentes, en especial la “acción de oro”*

Entre los instrumentos de control de los sectores económicos recientemente “liberalizados” y “privatizados” pueden destacarse la “acción de oro”; la configuración de núcleos estables de accionistas; el establecimiento de re-

¹⁰⁰. La privatización ha llegado a definirse recientemente simple y llanamente como “un robo”. Ver F. ÁLVAREZ-URÍA “La privatización es un robo”, artículo aparecido en el diario *El País* en su edición de 4 de mayo de 2002. Este autor afirma tajantemente que “La privatización es un robo, pues transfiere a los ricos la propiedad de los pobres, y por tanto, priva a la sociedad de su principal base de integración.”

¹⁰¹. Cfr. E. GIL CALVO, “Crítica de la Transición (1975-2000)”, Texto revisado de la conferencia que cerró las Jornadas *Veinticinco años de transición española* celebradas del 4 al 6 de mayo de 2000 en el Palacio de Congresos de Madrid bajo el patrocinio del Instituto de Estudios de la Transición Española, p. 17, www.ucm.es/info/socio1/Transcio.doc.

¹⁰². En este sentido parece expresarse M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit. p. 191, cuando señala que “[...] la Constitución misma establece un límite al desarrollo de los procesos de privatización.[...] los poderes públicos no pueden dejar la totalidad de la actividad económica, exclusivamente, al libre arbitrio de los agentes económicos privados.”

gulaciones más o menos detalladas o porosas¹⁰³ que imponen controles de calidad, continuidad y tarifas, dando lugar a lo que la doctrina ha denominado “servicios públicos virtuales”; el establecimiento de puntuales obligaciones de servicio público en el terreno de servicios “liberalizados”¹⁰⁴; la creación de “administraciones independientes”, con la finalidad de regular los mercados abiertos a la privatización de beneficios sociales; y, por último, las actividades de defensa de la competencia, terreno en el que nuevamente prima el derecho de la competencia comunitario de acuerdo con las líneas de aplicación decididas por la Comisión Europea.

Entre todos ellos tiene especial relevancia el régimen de “acción de oro”¹⁰⁵ impuesto en diversos países de la Unión Europea para mantener cierto control gubernamental sobre determinadas empresas públicas privatizadas. Este mecanismo fue introducido en nuestro país mediante la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas. En relación con la “acción de oro”, cuya finalidad expresa es la de mantener la garantía del interés público en determinados sectores estratégicos¹⁰⁶, que coinciden básicamente con los antes sometidos a “reserva” conforme al artículo 128.2 CE, debe destacarse, por un lado, que es un sistema de duración transitoria y, por otro lado, que actualmente se halla impugnado por la Comisión Europea por considerarlo restrictivo de las libertades comunitarias. La transitoriedad de este régimen demuestra la fragilidad de los intereses públicos en juego, ya que, por un mero transcurso de tiempo, dejan de tener virtualidad alguna frente a los intereses del capital privado. Por su parte, la impugnación por la Comisión europea simboliza claramente el celo con que se aplica esta institución para limar todas las aristas que puedan interponerse en el camino hacia un mercado neoliberal exento de intervenciones políticas¹⁰⁷.

¹⁰³. Es de destacar el hecho que las regulaciones impuestas suelen estar armonizadas en gran medida en el nivel europeo. Sin embargo, no lo están los medios con los que cuenta proporcionalmente cada Administración para hacer efectiva esa regulación, con lo que se producen grandes diferencias en el nivel de intensidad en que dicha regulación es aplicada.

¹⁰⁴. Sobre este aspecto, cfr. T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128”, cit., p. 68.

¹⁰⁵. Utilizamos aquí el concepto “acción de oro” en un sentido amplio o impropio. Para una exposición detallada de los diversos regímenes de control público establecidos en países miembros de la Unión Europea, cfr. M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., capítulo I, pp. 36 y ss.

¹⁰⁶. Vid. artículo 1 de dicha Ley.

¹⁰⁷. Cfr. la interpretación restrictiva de las posibilidades de establecer regímenes de “acción de oro” seguida por el Tribunal de Justicia en sus Sentencias de 4 de junio de 2002, sobre

A ello cabría añadir que la difusa regulación de los motivos de interés público que pueden justificar la intervención pública revela que la razón de fondo no está tanto en garantizar los intereses de los ciudadanos en relación con la continuidad o calidad del servicio de que se trate, como en el mantenimiento, defensa y fortalecimiento del núcleo duro de gestores y accionistas elegidos por el Gobierno durante el proceso de privatización. Se constituye, por tanto, fundamentalmente en un instrumento de defensa, así como de control, en caso necesario, del “sector privado gubernamental”¹⁰⁸, tal y como ya se ha apuntado antes.

4. Valoraciones de esta evolución

La evolución que acabamos de resumir en el anterior punto ha supuesto básicamente los siguientes cambios en el contenido de determinados elementos fundamentales de la constitución económica de 1978¹⁰⁹:

Supresión de una política monetaria autónoma, por la creación del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) como núcleo duro de la UEM. El principal artículo afectado sería el artículo 97 CE que atribuye la dirección de la política interior, que incluye la política económica, al Gobierno de la Nación. En menor medida, también resultan condicionadas las otras dos caras principales de la política económica: la política fiscal y la política presupuestaria que se someten al cumplimiento de los principios del artículo 104 TCE.

los casos 367/98, 483/99 y 503/99 relativos a Portugal, Francia y Bélgica, respectivamente, en las que acepta en gran medida las posiciones de la Comisión. Sobre la interpretación pro-mercado de la Comisión resulta interesante cotejar su Comunicación de 19 de julio de 1997, relativa a determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias (DO C 220, p. 15) por la que se establece la interpretación ortodoxa del artículo 73 B del TCE, relativo a la libre circulación de capitales. En las citadas Sentencias el TJCE no ha acogido la novedosa interpretación “extensiva” del principio de neutralidad realizada por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus “Conclusiones acumuladas relativas a los Asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99”, sino que ha mantenido la interpretación restrictiva, “iusprivatista” y, en definitiva, carente de contenido del artículo 222 TCE, tal y como se desprende de la lectura del punto 23 de la Sentencia contra Francia antes mencionada.

¹⁰⁸. Esta expresión ha sido utilizada por JOAQUÍN DE ESTEFANÍA en diferentes artículos de prensa.

¹⁰⁹. Vid., en sentido parecido, R. URIARTE TORREALDAY “La incidencia de la integración europea sobre la Constitución económica”, en GARCÍA HERRERA, M.A. (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, IVAP, Oñati, 1997, pp. 381-391, p. 386.

Esta norma no establece directamente los fines y estructura concretas de ambas políticas, pero supone una fuerte restricción a la libertad de endeudamiento y al desarrollo de políticas anticíclicas por parte de los Estados Miembros.

Privatización, en sentido amplio, como antes se ha expuesto bajo II. 3.5, del sector público económico. De lo expuesto se desprende claramente que la facultad de reserva del artículo 128.2 CE queda limitada de forma muy importante al convertirse en excepción al principio general de competencia y vedarse a futuros gobiernos la posibilidad de “renacionalizar” los sectores estratégicos “liberalizados”, mediante el establecimiento de regímenes de monopolio estatal o de concesiones administrativas limitadas, sin proceder previamente a una ruptura radical de sus obligaciones comunitarias¹¹⁰. Con ello se impide la realización de parte de las posibilidades socializantes incluidas en el artículo 128.2 CE, que en ningún momento impone la sujeción estricta del sector público económico a las mismas reglas y, mucho menos, una discriminación del mismo respecto del sector privado. En definitiva se vuelve de hecho a un nuevo principio de subsidiariedad¹¹¹ de la intervención pública en la economía.

Determinación del carácter neoliberal¹¹² de la “economía de mercado” prevista en el artículo 38 CE, con lo que se elimina la posibilidad de desarro-

¹¹⁰. Por tanto no puede compartirse la opinión de T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Comentario al artículo 128 CE”, cit., p. 85, según la cual la posterior avenencia de los Estados miembros a participar en el proceso de “liberalización” pudiera interpretarse en el sentido de entender superada toda contradicción entre constitución y tratado, al interpretar esa “connivencia” de los Estados como una renuncia del “órgano competente” a ejercer la iniciativa pública prevista en el artículo 128.2 CE. Debe rechazarse esta posición puesto que ignora, por un lado, que no se trata del ejercicio de una competencia transferida, ya que dicha transferencia no se produjo en momento alguno y, por otra parte, que incluso si se entendiese que dicha transferencia fuera tácita no se trataría tanto de una traslación del “ejercicio” de competencias, como de la alteración definitiva del marco constitucional aplicable a la iniciativa pública económica, lo que, como se verá luego, resulta inadmisibles sin una previa reforma expresa de la Constitución.

¹¹¹. J. CORCUERA ATIENZA, cit., p. 285, manifiesta su preocupación por la aceptación, al menos puntual, de este tipo de posiciones por la doctrina del Tribunal Supremo, en concreto en su conocida Sentencia de 10 de octubre de 1989.

¹¹². En este sentido cfr. M. HERRERO DE MIÑÓN, cit. p. 24 y ss. Dicho autor señala acertadamente que “la liberalización, desregulación y apertura a una economía más amplia en trance de convertirse en global, procede no sólo de los hechos, sino de la inserción de España en otro orden constitucional económico cuyas normas, a más de vinculantes, tienen un efecto directo y prevalente sobre las propias del Estado: la Constitución económica europea, en la que se conforma “un modelo concreto de economía de mercado de carácter neoliberal que, ciertamente, tiene cabida en nuestra Constitución, pero que limita las posibilidades de opción por otros modelos que también son posibles en nuestro texto constitucional”.

llar otros tipos de economía de mercado encuadrables dentro del precepto constitucional como serían una economía “de mercado socialista”, de “mercado dirigido” o “mercado controlado”.

Supresión de las posibilidades abiertas por el artículo 131 CE en el terreno de la planificación económica, al consagrarse un tipo de mercado neoliberal, como se ha señalado en la anterior letra. Unido a ello, la transmutación del Consejo de planificación previsto en dicho artículo en un Consejo Económico y Social meramente consultivo y de influencia práctica más que limitada¹¹³.

Vaciamiento de facto de las posibilidades de desarrollo pleno de los principios rectores de política social y económica.

Otros aspectos que pueden considerarse modificados son, por ejemplo, el contenido del artículo 130 CE que debe interpretarse hoy en día conforme a la Política Agrícola Común, especialmente del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (FEOGA) -sección orientación-, y de la política pesquera común. Asimismo habría que entender afectados al menos parcialmente por estas políticas comunitarias los artículos 40, 131 y 138.¹¹⁴

Ante estos cambios la doctrina ha propuesto distintas posibilidades de interpretación a las que nos referiremos resumidamente a continuación.

En primer lugar, estarían aquellas opiniones según las cuales estos cambios son perfectamente compatibles y conformes con la Constitución de 1978. Una primera variante es la *tesis de las modificaciones político-legislativas*, que es mantenida, entre otros, por DE LA QUADRA-SALCEDO. Conforme a la misma las variaciones arriba mencionadas pueden entenderse de una u otra manera como opciones político-legislativas dentro de la Constitución económica de 1978. Según este autor las diferentes mayorías de gobierno estarían vinculadas por los fines establecidos en la Constitución, especialmente los del artículo 9.2 CE, pero contarían con una amplia gama de medios alternativos para su consecución¹¹⁵, dentro de los que cabría encuadrar los cambios antes

¹¹³. Estamos en este caso ante un supuesto ya descrito por JELLINEK en relación con las instituciones creadas ex novo por las Constituciones: “Muy a menudo la institución planeada sufrirá [...] sin cambio alguno de los textos legales afectados una transmutación posiblemente muy profunda, a causa de circunstancias previstas o imprevistas, y tal vez enseguida o al poco tiempo.” Vid. G. JELLINEK *Reforma y mutación de la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1991, p. 29.

¹¹⁴. En este sentido cfr. M. HERRERO DE MIÑÓN, cit., pp. 25 y 27.

¹¹⁵. T. DE LA QUADRA-SALCEDO “La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII”, cit., p. 30

enumerados. Una segunda tesis defiende que estos fenómenos constituyen una transferencia legítima del ejercicio de competencias a la UE. Según esta postura, también asumida por DE LA QUADRA-SALCEDO, los cambios acontecidos, que suponen una traslación de poderes a la Unión Europea, se subsumen bajo las transferencias del ejercicio de competencias estatales amparadas por el artículo 93 CE y por lo tanto no suponen alteración alguna del modelo constitucional económico¹¹⁶. Relacionada con las anteriores está la tesis de la coextensión de la constitución económica española y europea, que asume un punto de vista más comparativo. De acuerdo con ella se afirma que las reglas de juego establecidas en la constitución económica europea son coextensivas o compatibles con las previstas por nuestra norma fundamental de 1978. En este sentido se han manifestado entre otros BASSOLS COMA y ARAGÓN REYES¹¹⁷. Finalmente cabe hablar de una tesis consistente en la interpretación neoliberal de la constitución económica española¹¹⁸. Es decir, que la única interpretación válida y posible de la constitución económica española es la que antes hemos denominado "liberalizante". Entre otros, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ plantea una relectura liberal del Estado social afirmando que éste debe promover la libertad y, en la medida de lo posible, dejar que sea la sociedad la que se autorregule, haciendo especial énfasis en el principio de subsidiariedad al que califica como "auténtica columna vertebral del Estado social de Derecho"¹¹⁹.

¹¹⁶. T. DE LA QUADRA-SALCEDO "Comentario al artículo 128" cit., p. 85

¹¹⁷. M. BASSOLS COMA, cit. pp. 333 y s., remarcaba el carácter pragmático del TCEE y la presencia de salvaguardias como el principio de neutralidad que serviría, según este autor, para amparar posibles nacionalizaciones o "la intangibilidad de las relaciones económicas contenidas en las respectivas Constituciones económicas". No obstante, ha de considerarse la circunstancia de que este autor escribe en 1984, cuando el modelo de economía mixta, protegido especialmente a través de los artículos 222 y 90 TCEE, aún no había sido cuestionado radicalmente en los términos antes expuestos en el punto II. 3. Implícitamente en el mismo sentido, también M. ARAGÓN REYES *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 12, ya que mantiene la "correspondencia" entre el modelo económico de la Comunidad Europea y el de la constitución económica española. También L. PAREJO ALFONSO, en el "Prólogo" a M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., pp. 17 y s.

¹¹⁸. Esta tendencia ha sido criticada, entre otros, por J. CORCUERA ATIENZA, cit., p. 256. Según el mismo, la hegemonía de planteamientos neoliberales "[...] en no pocas ocasiones, implica el intento de reinterpretar la Constitución para canonizar constitucionalmente las lecturas neoliberales y excluir como ilegítimas las que se les oponen."

¹¹⁹. Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. "Nuevo sistema conceptual", en *Privatización y liberalización de servicios*, Ed. G. ARIÑO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM* nº 3, UAM-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 133-152, p.140.

En segundo lugar, estarían aquellos autores que cuestionan en mayor o menor medida que haya habido una verdadera “continuidad constitucional” en el ámbito de las normas básicas que disciplinan nuestro sistema económico. En este contexto se ha discutido mucho sobre si se ha producido o no una “mutación” constitucional en esta materia. En relación con este punto conviene realizar un pequeño recordatorio de la discusión doctrinal habida en relación con la aprobación del Tratado de la Unión Europea¹²⁰. Debe señalarse que, en contraste con otros países, como Francia y Alemania¹²¹, en los que se procedió a modificaciones expresas de sus Constituciones, incluyendo en las mismas preceptos específicos que permitían el proceso de integración en la UE al considerar insuficientes los artículos de contenido análogo al artículo 93 CE ya existentes en las mismas para amparar dicho proceso¹²², en España no hubo apenas debate político de fondo y simplemente se modificó el artículo 13. 2 CE.

El Tribunal Constitucional mantuvo, en su Declaración 1/1992, al menos en apariencia, una postura rígida detrás de la que parece esconderse cierta impotencia de fondo ante un ordenamiento preponderante. Asumiendo posturas abandonadas hace ya tiempo por parte de la doctrina, el alto tribunal mantiene la primacía o supremacía de la CE frente a los Tratados, que vendría garantizada por el artículo 95 CE¹²³, así como por la posibilidad de impugnar o cuestionar la constitucionalidad de los tratados una vez incorporados al ordenamiento interno¹²⁴. Sin embargo, el propio tribunal, después de haber afirmado enfáticamente

¹²⁰. En relación con el T.U.E., ESTÉVEZ ARAUJO afirmaba que “el problema de la mutación y de la pérdida de contenido de las constituciones estatales a favor de los organismos europeos se ha agudizado con la firma en Maastricht del T.U.E.” Cfr. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, cit. p. 470.

¹²¹. El caso de Alemania es el que ha atraído mayor atención por las similitudes existentes con el ordenamiento español. Resulta especialmente interesante la garantía extendida por el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental, introducido a raíz de la ratificación del TUE, del principio democrático y social al proceso de integración europea. No obstante, cabe indicar que a diferencia del caso español, la ley fundamental alemana carece de un catálogo de derechos sociales y principios rectores comparables, por lo que las divergencias entre el modelo socio-económico alemán y comunitario en ningún caso serán tan evidentes como en el caso español.

¹²². Ver S. MUÑOZ MACHADO, cit., p. 61.

¹²³. Cabe recordar que el control previo de constitucionalidad previsto en el artículo 95 CE es potestativo y únicamente puede ser solicitado por las Cámaras o por el Gobierno. Vid. A. LÓPEZ CASTILLO *Constitución e integración. El fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y la RFA*, C.E.C., Madrid, 1996, capítulo VI. Este autor señala la posibilidad teórica de interponer un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica de ratificación, lo que abriría considerablemente las posibilidades de control de los tratados, si bien a través de una vía indirecta.

¹²⁴. Cfr. Declaración de 1 de julio de 1992, Boletín Oficial del Estado 24 de julio de 1992.

la anterior doctrina de primacía constitucional realiza un ejercicio de autocontención extraordinaria limitándose a considerar la compatibilidad entre el artículo 13. 2 CE y el artículo 8 B 1 del TUE cuando debería haber comprobado la constitucionalidad del conjunto de dicho tratado¹²⁵. Resulta extraño, sin embargo, que tras ese ejercicio de “self-restraint” el TC se explaye en una serie de consideraciones sobre el artículo 93 CE estableciendo una interpretación harto rígida del mismo, que no cuadra bien con la omisión de entrar a realizar un examen más detenido de otros aspectos del TUE bastante más relevantes y potencialmente contrarios a la CE que el citado 13. 2 CE. Parece como si estuviéramos ante un intento de concentrar la atención en un punto baladí mientras que las grandes cuestiones son ocultadas a la opinión pública. En efecto, son un tanto estupefacientes afirmaciones como que “En virtud del artículo 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución” no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto es, a través de los procedimientos y garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto.”

Con ello, el TC pone ciertos límites a la interpretación excesivamente flexible del citado artículo 93 propuesta por el Abogado del Estado, que se apoyó en idéntica lectura realizada por el Consejo de Estado, según el cual el único límite a la reforma directa de la Constitución mediante el artículo 93 estaría constituido por las materias reservadas al procedimiento de reforma agravada del artículo 168 CE¹²⁶. Las grandes palabras del TC, por lo demás coincidentes con la postura que aquí se mantiene, suenan a huecas cuando se quedan simplemente en eso consintiendo en la práctica que la norma fundamental sea vaciada poco a poco a través del sumidero representado por el artículo 93 CE.

La tesis de la mutación constitucional fue adoptada más o menos críticamente por diferentes autores. Uno de los primeros en utilizar este concepto en relación con los cambios impuestos en nuestra norma fundamental por el proceso de integración europea fue MUÑOZ MACHADO. Desde su punto de vista el proceso de integración y de mutación de nuestras normas constitucionales tiene un carácter

¹²⁵ En sentido crítico con esta “autocontención” se pronuncia Araceli MANGAS MARTÍN en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (2ª ed.), McGraw-Hill, Madrid, p. 266.

¹²⁶ Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p. 36.

“inexorable”¹²⁷ y, en consecuencia, difícilmente criticable, afirmando además la insuficiencia de los principios relativos a la reforma constitucional para dar cuenta de las repercusiones constitucionales del proceso de integración europea¹²⁸. Otro autor que viene hablando de “mutación constitucional” en este contexto desde hace tiempo es HERRERO DE MIÑÓN¹²⁹, si bien asume, en principio, una postura crítica con las supuestas mutaciones acontecidas desde 1990. Mutación y reforma constitucional¹³⁰ son dos conceptos hasta cierto punto incompatibles que requieren cierto estudio antes de aceptar sencillamente la tesis de la mutación constitucional. En este sentido, debe recordarse que la reforma constitucional, como juridificación del poder constituyente, y, por tanto, en un régimen democrático, de la posibilidad y procedimiento de autonormación al mayor rango que la sociedad se impone, representa una de las decisiones constitucionales más relevantes en la norma constitucional, pues permite la adecuación legítima de la norma fundamental a las decisiones de las generaciones venideras. Desde el punto de vista mantenido en este trabajo, en una constitución democrática –en la que se confunden soberanía y principio democrático “de” y “en” la Constitución– las reglas de reforma son una de las garantías básicas del sistema democrático.

Por tanto, frente al demasiado sencillo expediente de justificar los cambios acontecidos en una mutación constitucional, debe afirmarse, siguiendo a Aláez Corral¹³¹, el carácter jurídico y supremo de toda la Constitución, incluido el Título X de la misma, por lo que “la mutación constitucional [...] o bien no es realmente más que una infracción constitucional, o sólo sería comprensible como una manifestación del carácter “abierto” de nuestra Constitución, en cuyo caso no sería una verdadera mutación constitucional, sino la concreción del contenido normativo del enunciado constitucional mediante la aplicación

¹²⁷. *Idem*, p. 21.

¹²⁸. *Ibidem*, p. 56.

¹²⁹. Cfr. M. HERRERO DE MIÑÓN, cit., pp. 25 y ss. Según este autor el proceso de integración europea “con razón ha podido ser calificado de mutación constitucional [...]”.

¹³⁰. Georg JELLINEK definió estos conceptos en su clásica obra *Reforma y mutación de la Constitución*, cit, p. 7: “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.”

¹³¹. Cfr. B. ALÁEZ CORRAL “Soberanía Constitucional e Integración Europea”, *Fundamentos*, Nº 1, 1998, pp. 503-555, <http://www.uniovi.es/%7Econstitucional/fundamentos/primero/index.html>. En sentido similar, vid. M. ARAGÓN REYES “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 42, 1994, pp. 9-26, pp. 16 y s.

del Art. 93 CE”. No obstante, habría que matizar que, si bien el razonamiento expuesto es, en los términos transcritos, impecable, no parece suficiente la simple “condena a los infiernos”¹³² de las mutaciones acontecidas por muy inválidas que nos parezcan. Ya en su día JELLINEK mostraba que el “fait accompli” –el hecho consumado- despliega una normatividad propia de lo fáctico, a la que no cabe simplemente denunciar, sino sobre cuya base debe desarrollarse un nuevo encaje ordinamental¹³³. Por consiguiente, en este trabajo se propugna, como se verá en el punto final de conclusiones, que se proceda a llevar a cabo un verdadero proceso constituyente europeo que devuelva -a ese nivel- la legitimidad democrática y jurídica negada por la vía de los hechos a partes importantes de la teóricamente vigente constitución económica de 1978.

Conclusiones: cierre de la “apertura” de la constitución económica de 1978.

Desde el punto de vista aquí mantenido, las modificaciones antes enumeradas en las letras a), b), c) y d), si bien podrían suponer opciones políticas legítimas dentro del marco de la Constitución de 1978 y se han operado, al menos parcialmente¹³⁴, a través del mecanismo de transferencias del artículo 93 CE, han de considerarse constitutivas de una alteración estructural de los principios y límites de la constitución económica española. Ello se debe a que tales modificaciones no se limitan a trasladar el ejercicio de competencias constitucionales a las instituciones comunitarias, sino que, como señala MUÑOZ MACHADO “lo que se entrega es la definición del contenido económico de la Constitución que, en nuestro caso, estaba encomendada, casi plenamente, a la definición del legislador ordinario, que disponía de libertad para moverse entre las opciones políti-

¹³². Cfr. por ejemplo, B. ALÁEZ CORRAL, cit. En la misma línea, aunque en relación con la interpretación del artículo 128 CE, J. CORCUERA ATIENZA, cit., p. 286, “[...] con independencia de que la práctica legislativa nacional o comunitaria vayan ahora por caminos neoliberales, sería una restricción ilegítima del modelo constitucional en materia económica pretender subordinar el artículo 128 CE a una lectura neoliberal del artículo 38 de la Constitución.” Como veremos el problema de esta postura es que no reconoce el hecho de que no estamos ante una simple “legislación comunitaria”, sino ante una verdadera constitución económica fáctica europea, que ha desplazado en gran medida los contenidos de la constitución económica española.

¹³³. Como bien señala JELLINEK, “El fait accompli –el hecho consumado- es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente.” G. JELLINEK cit., p. 29. En sentido parecido el citado autor nos recuerda más adelante que “El desarrollo de las Constituciones muestra, [...], el enorme significado de esta enseñanza: que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.” G. JELLINEK cit., p. 84.

¹³⁴. Como hemos visto antes, los cambios en el ámbito de las “reservas” al sector público del artículo 128.2 CE han prescindido por completo de estos cauces formales.

cas posibles, así como para utilizar los instrumentos e instituciones que considerara idóneos¹³⁵. Es decir, que se ha operado una alteración o “disposición de la Constitución misma”, ya que las decisiones adoptadas han vaciado o modificado el contenido de preceptos fundamentales de la constitución económica, principalmente de los artículos 38, 128.2 y 131, que en adelante serán únicamente “aplicables” dentro de los estrechos márgenes establecidos por el ordenamiento comunitario. Sin embargo, desde el punto de vista de este trabajo, se considera más adecuado hablar de sustitución o desplazamiento¹³⁶ de la constitución económica española que de “mutación” de la misma. Ello es debido a que el concepto de “mutación” tiene, por un lado, connotaciones “naturales” que encubren la voluntad política existente detrás de esos cambios y, por otra parte, porque los aspectos modificados por efecto del ordenamiento comunitario ya no son realmente vigentes, por lo que en sentido estricto ya no estamos, como exigía JELLINEK, ante la misma norma, sino ante una norma diferente que será la aplicable en cada caso dentro del T.U.E. o del T.C.E. y normas de desarrollo.

Puede afirmarse, en consecuencia, que frente al carácter “abierto” de la Constitución económica de 1978, la Constitución económica europea establece un modelo “cerrado” que quizás podría caber en los límites definidos en 1978 por el constituyente español, pero que por su superior normatividad, como veremos, cierra el paso a que se puedan desarrollar el resto de posibilidades admitidas por la teóricamente vigente Constitución española¹³⁷. En defi-

¹³⁵. Vid. S. MUÑOZ MACHADO, cit., pp. 46 y s.

¹³⁶. Por ejemplo, ARIÑO utiliza este concepto al referirse al artículo 128.2 CE que según este autor “[h]a sido desplazado por los artículos 81 y 82 (antiguos 85 y 86) y, sobre todo, actual artículo 86 (antiguo 90) del Tratado [...]”, cfr. ARIÑO, G. Y otros, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 138.

¹³⁷. En un sentido muy similar, cfr. Alonso UREBA Y ROJO, citados por M. N. DE LA SERNA BILBAO, cit., pp. 224 y s. Por su parte, URIARTE TORREALDAY, pese a compartir en principio la postura de BASSOLS COMA citada anteriormente, afirma posteriormente que “[...] considero que el efecto básico de la mutación constitucional que se opera en los Estados miembros de la Comunidad como consecuencia del proceso de integración europea consiste precisamente en una *limitación de esa apertura constitucional*, es decir, en el encauzamiento unidireccional de los desarrollos constitucionales.” Cfr. R. URIARTE TORREALDAY, cit., p. 386. En un sentido similar, vid. también A. TRONCOSO REIGADA “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 57, septiembre-diciembre 1999, pp. 87-164, p. 164. Este autor afirma que “[...] la ratificación del Derecho Comunitario originario y su carácter de ordenamiento jurídico interno no sólo ha transferido poder político a instancias comunitarias sino que ha recortado gravemente el pluralismo de la Constitución económica. Poca intervención pública directa en la economía cabe a partir de los artículos 81 y sigs. TCE. Ha quedado reducido así la libertad del legislador —y, por tanto, el principio democrático— sin el necesario debate y control político.”

nitiva, no estamos realmente ante una verdadera “mutación” constitucional, sino ante la superposición de un ordenamiento distinto sobre las disposiciones de la constitución económica de 1978, que es desplazada en todo aquello –actual o potencial– en que no concuerde con las líneas maestras de la super-constitución económica europea.

III. LA INCIPIENTE “CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA”

1. El TUE y el TCE como normas “constitucionales”.

Aquí continuamos interrogándonos sobre la transferencia de poder constituyente en el proceso de construcción europea y concretamente si ésta transferencia ha dado lugar a una constitución o unas normas materialmente constitucionales. A fin de aclarar esta cuestión quizás sea útil traer aquí a colación la tradicional distinción entre Estado Federal y Confederación¹³⁸. No se pretende negar sustantividad propia a la Unión Europea como género novedoso de integración supranacional¹³⁹, pero sí parece oportuno recordar que conforme a los criterios tradicionales la Unión Europea estaría a un paso muy pequeño de convertirse en un Estado Federal de facto partiendo de una situación actual que podría caracterizarse como de confederación. En este sentido, puede recurrirse a la lista de seis diferencias que enumera GARCÍA-PELAYO en su clásico *Derecho Constitucional comparado*¹⁴⁰ para determinar en cada caso dónde podemos situar a la Unión Europea, si más cerca del Estado Federal o de la Confederación. En primer lugar, está la naturaleza de la norma fundante de cada tipo de organización: en el caso de la Confederación se trataría de un tratado internacional, mientras que el Estado Federal sí que contaría con una constitución en sentido estricto. En este aspecto deberíamos situar a la

¹³⁸. El mismo procedimiento ha sido utilizado por J. RUIPÉREZ, cit., pp. 619 ss. No obstante este autor utiliza unos criterios ligeramente distintos a los aquí empleados, aunque el resultado en el fondo sea similar. En efecto dicho autor concluye que la Unión Europea se encuentra en “un punto intermedio entre los clásicos conceptos de *Bundesstaat* y *Staatenbund*”, si bien para solucionar esta indefinición recurre al “tertium genus” de la “forma moderna de Confederación”.

¹³⁹. Sobre las características particulares que presenta la Unión Europea como “nueva forma de gobierno emergente, totalmente diferente del Estado-nación clásico” merece cotejarse G. JÁUREGUI BERECIARTU “El Estado, la soberanía y la Constitución ante la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 53 (II), 1999, pp. 71-93.

¹⁴⁰. Ver M. GARCÍA-PELAYO *Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1999, pp. 241 y s.

*Unión Europea del lado de la confederación, si bien los tratados internacionales en que se fundamenta y especialmente el procedimiento de reforma*¹⁴¹ de los mismos van adquiriendo progresivamente un carácter más diferenciado y peculiar.

En segundo lugar, se trataría de determinar si la Unión Europea es una entidad jurídico-internacional, como las Confederaciones, o jurídico-política, a semejanza del Estado Federal. En este punto, a fin de no incurrir en disquisiciones demasiado complejas que no vienen al caso podemos conformarnos con entender que la Unión Europea cuenta en parte con naturaleza internacional y en parte reúne rasgos propios de entidades jurídico-políticas clásicas propias del Estado-Nación.

Según el tercer criterio, relacionado estrechamente con el anterior, se predica el carácter de sujeto internacional únicamente de la Federación en el caso del Estado Federal, mientras que en la Confederación los Estados miembros conservan plenamente ese atributo. Nuevamente la Unión Europea¹⁴² se sitúa en un punto intermedio al ejercer como sujeto internacional en multitud de ámbitos muy relevantes, como la política agrícola y pesquera común, la política comercial común etc., mientras que en otros sigue siendo un enano político –en relación con su relevancia económica– como por ejemplo en la política militar en la que los Estados principales de la Unión Europea mantienen a toda costa sus prerrogativas.

El cuarto criterio es especialmente relevante para nuestros fines, puesto que afecta directamente al concepto de soberanía, poder originario y competencia de competencias. Se parte de que la Federación, por ser único sujeto de derecho internacional y contar con una constitución en sentido estricto, es la única que cuenta con poder originario y la competencia de las competencias, por lo que sólo ella es soberana, mientras que, al contrario, en la Confederación la soberanía sigue residiendo únicamente en los Estados miembros. El

¹⁴¹. También destaca el peculiar procedimiento de reforma de los tratados originarios J. RUIPÉREZ, cit., pp. 637 y 645. Cfr. el artículo 48 del TUE, sin perjuicio de tener en cuenta la existencia de adicionales y variados procedimientos, que aquí no corresponde enumerar, para realizar revisiones parciales o implícitas de los tratados y que dotan de aún mayor “estatalidad” a la reforma de la “constitución material” europea.

¹⁴². En sentido estricto sigue afirmándose la falta de personalidad jurídica de la UE como tal, basada en el principio intergubernamental, mientras que las distintas Comunidades Europeas, entre las que destaca obviamente la Comunidad Europea –antes Comunidad Económica Europea–, cuentan con personalidad jurídica propia y diferenciada desde el momento mismo de su creación.

particular ordenamiento jurídico que constituye a la Unión Europea, en el que no se establece una distribución nítida de competencias entre la Unión y los Estados Miembros, ha supuesto que, partiendo del original principio de atribución singular de competencias, pasando por los poderes implícitos del artículo 308 TCE (antiguo 235 TCE)¹⁴³, la Doctrina “AETR” que permite la extensión de la competencia *comunitaria ad extra*, es decir, en las relaciones internacionales¹⁴⁴, y por la redacción finalista de numerosos preceptos de los tratados que encomiendan más que tareas concretas unos objetivos o fines de difícil concreción, las instancias comunitarias¹⁴⁵ hayan ido arrogándose cada vez más competencias, principalmente en todo lo concerniente a la creación del mercado único. Hoy en día no parece ya posible hablar de un poder originario¹⁴⁶ de los Estados Miembros al menos en el terreno económico, dado que son los órganos comunitarios los que deciden los ámbitos, instrumentos y alcance de su intervención en este terreno, sin que el principio de subsidiariedad haya supuesto modificación alguna en este sentido¹⁴⁷.

La penúltima de las reglas de diferenciación aludidas por GARCÍA-PELLAYO hace referencia a la aplicabilidad directa a los ciudadanos de las deci-

¹⁴³. Este precepto ha sido calificado como “cláusula de cierre de todo el sistema competencial”. Vid. A. LÓPEZ BASAGUREN “Constitución y Unión Europea: aporías en la integración comunitaria”, en GARCÍA HERRERA, M.A. (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, IVAP, Oñati, 1997, pp. 287-331, p. 299.

¹⁴⁴. Cfr. STJCE de 31 de marzo de 1971, asunto C-22/70.

¹⁴⁵. Vid. LÓPEZ PINA, A. “Das föderale Prinzip in der Europäischen Union”, *www.europa.int/futurum*, 21 de junio de 2001, p. 11. Dicho autor llama la atención sobre este hecho. Como ejemplo muy importante de este tipo de cláusulas abiertas, podemos citar las contenidas en el capítulo III del Título VI del TCE, sobre aproximación de las legislaciones (artículos 94 y ss.), y, en especial, el antes mencionado artículo 95 (antiguo artículo 100 A).

¹⁴⁶. En este sentido se manifiesta, por ejemplo, A. LÓPEZ PINA, cit., p. 11, cuando señala que “Podría decirse que la competencia de competencias ya no reside desde hace algún tiempo en los Estados, que, sin embargo, [aún] son denominados, conforme a la tradición, como los *señores de los tratados*.” (traducción mía). En esta línea se inscribe también S. MUÑOZ MACHADO, cit. p. 60, que afirma como su “tesis final” que “la integración europea está produciendo una traslación del poder constituyente hacia las instancias supranacionales” y que “las decisiones fundamentales comunitarias alteran el contenido de la Constitución y se imponen a la misma, van cambiando sus características, no sólo por causa de la aprobación de tratados que transfieren a la Comunidad Europea competencias derivadas de la Constitución, sino por el modo como se ejercen esas competencias ulteriormente”.

¹⁴⁷. Más bien puede interpretarse como un reconocimiento implícito a la competencia de competencia de las instancias comunitarias, estableciéndose simplemente un criterio de interpretación para el ejercicio de las competencias previamente distribuidas.

siones de la Federación en el caso del Estado Federal, cualidad ausente en las Confederaciones, cuyo derecho ha de ser incorporado por los Estados miembros. La UE estaría en este aspecto plenamente del lado de los estados federales, dado que es reconocido sin lugar a dudas el “efecto directo” tanto de su derecho originario como de gran parte de su derecho derivado¹⁴⁸. Relacionado con este punto está el principio de prevalencia tradicional del derecho federal frente al derecho de los estados federados¹⁴⁹. Este principio ha sido también asumido para determinar la forma de interrelación, en caso de conflicto, entre derecho comunitario y derecho de los Estados miembros dando lugar al conocido principio de “primacía” del derecho comunitario, creado tempranamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵⁰.

Finalmente, el último criterio indica que las relaciones internas entre la Confederación y los Estados miembros así como entre éstos está regida por el derecho internacional, ya sea general o especial, mientras que en el Estado Federal rigen normas de derecho interno. Nuevamente la situación de la UE aparece teñida de ambigüedad en este aspecto, si bien puede afirmarse que las relaciones internas son crecientemente de derecho “interno-supranacional”, pero ya no reconducibles a las características clásicas del derecho internacional general o especial.

En conclusión, podemos afirmar que en el caso de la UE estamos ante una novedosa forma¹⁵¹ de organización jurídico-política de base territorial, que

¹⁴⁸. Cabe recordar la amplia labor realizada por el TJCE en la extensión del “efecto directo” a determinados tipos de normas comunitarias, especialmente las directivas, en principio dirigidas únicamente a los Estados miembros.

¹⁴⁹. El tradicional “Bundesrecht bricht Landesrecht” que podemos hallar tanto en la Constitución alemana (art. 31) como en la suiza (art. 49).

¹⁵⁰. STCE Costa vs. ENEL, Asunto 6/64. Como es conocido, la primacía se impone a todo tipo de normas estatales, con independencia de su rango, incluso constitucional (ver SSTJCE48/71 o 102/79 y 149/79). Las reservas expresadas, sobre todo en materia de protección de derechos fundamentales, por la jurisprudencia de distintos tribunales constitucionales de diferentes Estados miembros, si bien son expresión del conflicto entre las pretensiones de primacía del derecho comunitario y los distintos ordenamientos nacionales, no dejan de constituir, tanto por su formulación como por sus efectos prácticos, poco más que declaraciones retóricas, faltas de consecuencias en la vida real. En un sentido similar, aunque más matizado al aquí expuesto, se expresa A. LÓPEZ BASAGUREN, cit., p. 327, cuando señala que “[...] estos conflictos han ido sorteándose en la práctica, al imperar, por una parte, una actitud cautelosa y flexible por parte de los Tribunales Constitucionales, que, de forma más o menos generalizada, han ido aceptando en la práctica la primacía del derecho comunitario, así como, por otra, por el esfuerzo de *comunitarización* de los principios constitucionales de los países miembros desarrollada por el TJ.”

¹⁵¹. Cfr. por ejemplo, con G. JÁUREGUI BERECIARTU, cit., p. 78.

cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo que se superpone a los ordenamientos estatales, en cuya cúspide se halla una “constitución europea” material¹⁵², y cuyas relaciones internas están pasando rápidamente de tener una función primordialmente de coordinación, propia de las confederaciones, a tener carácter predominante las relaciones de subordinación e inordinación de los ordenamientos de los Estados miembros en el seno del ordenamiento comunitario. Probablemente la razón capital para este fenómeno pueda hallarse en uno de los motivos que ya señalaba GARCÍA-PELAYO como uno de los motores del aumento del poder federal frente a los estados federados. Este motivo no es otro que el de la “creciente complejidad de la estructura económica”¹⁵³, exasperado en nuestros tiempos por los procesos de regionalización y mundialización parcial de las relaciones económicas.

2. Elementos fundamentales de la constitución económica europea

La constitucionalización a escala comunitaria se encuentra especialmente desarrollada en el ámbito que correspondía tradicionalmente a la “constitución económica”, al ser en este espacio donde la intervención de las Comunidades Europeas ha sido desde sus inicios más intensa¹⁵⁴. Por tanto, puede ha-

¹⁵² En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, especialmente en su “Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991. Dictamen sobre la creación del Espacio Económico Europeo. Dictamen 1/91. *Recopilación de jurisprudencia 1991 página i-06079*” en el que declara con nitidez meridiana que “[e]l Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la *carta constitucional* de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han *limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales.*” (las cursivas son mías). Sobre la jurisprudencia del TJCE relativa a la “constitución europea”, vid. M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN “La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 40, enero-abril 1994, pp. 241-289.

¹⁵³ Una interpretación similar es la manejada por A. LÓPEZ BASAGUREN, cit., pp. 293 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. G. MAESTRO BUELGA “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n°7, pp. 123-154, p. 128. Este autor recuerda acertadamente que “[...] desde su constitución, la Comunidad estableció espacios de actuación diferenciada confiando el ámbito social a los Estados miembros, que deviene así el espacio de realización del Estado social, y a la Comunidad el ámbito económico, que se configura como el del mercado.”

blarse sin problemas de la existencia de una constitución económica europea material o de facto, como viene haciendo parte de la doctrina desde hace ya bastantes años¹⁵⁵.

Los elementos básicos¹⁵⁶ de la Constitución económica europea¹⁵⁷ son los siguientes:

1. Establecimiento de un mercado interior de tinte neoliberal¹⁵⁸, cuyas normas fundamentales¹⁵⁹ son la garantía de las llamadas “libertades comunitarias”, del derecho de la competencia y la aprobación de progresivas medidas de “liberalización”. Conforme al artículo 4.1 TCE deberá respetarse el “principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. Los componentes principales del derecho de la competencia son el régimen de ayudas públicas, el control estricto de las empresas públicas, la prohibición del abuso de posición dominante y el control de concentraciones empresariales. Como correlato lógico al mercado interior aparece la política comercial común, que se encuentra dentro de las competencias exclusivas de la Unión.

¹⁵⁵. Por ejemplo BASSOLS COMA ya habla, en 1984, de la “Constitución económica de carácter supranacional”, cfr. M. BASSOLS COMA, cit., p. 332.

¹⁵⁶. Como se verá, las normas principales de la constitución económica europea están constituidas por elementos de “hard law”. No obstante, el “soft law”, principalmente en forma de “comunicaciones interpretativas” de normas de “hard law” de la Comisión, adquiere en este terreno una importancia singular. Estos elementos de “soft law”, que cuentan con importantes efectos jurídicos, aún cuando no sean vinculantes por sí mismos, son muestra del nuevo “derecho flexible”, propio del incipiente paradigma jurídico del “estado abierto”, en el que progresivamente pierden su papel central y exclusivo los instrumentos jurídicos emanados por el representante del soberano, pasando a ser suplantados en buena medida por instrumentos pseudo-jurídicos aprobados por entes adocráticos, como es el caso de la Comisión europea. Sobre las características del “soft law” comunitario, vid. R. ALONSO GARCÍA “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, enero-abril 2001, pp. 63-94.

¹⁵⁷. Vid. A. CANTARO, cit., p. 172. Según Cantaro, “[e]s el principio de la economía de mercado abierta y en libre competencia quien constituye el verdadero faro de la acción de la Comunidad, de la que es al tiempo criterio y fin esencial”.

¹⁵⁸. Actualmente está en discusión en las instituciones comunitarias el paso del mercado interior a un “mercado europeo interno”, lo que supondrá la definitiva transformación del mercado interior en un mercado totalmente integrado con las características de un mercado nacional, que ha sido denominado “*mercado europeo interno*”.

¹⁵⁹. Los principios del mercado interior están plasmados en los artículos 3 c), 4, 14 (7 A) y 18 (8 A) del Tratado CE. También resulta oportuno recordar el régimen jurídico para la aproximación de las legislaciones establecido en los artículos 94 y 95 (100 y 100 A) del Tratado CE.

2. La existencia de una política monetaria “neoliberal-monetarista”, con el objetivo fundamental de “mantener la estabilidad de los precios” (artículo 4 TCE), lo que implica el respeto de los “principios rectores” enumerados en el artículo 4.3 TCE y que son “precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable.” La responsabilidad principal sobre la política monetaria es conferida a una institución cuasi-divina, el Sistema Europeo de Bancos Centrales, cuyo núcleo de decisión recae en el Banco Central Europeo, situada por encima de los avatares de la política diaria y con unos poderes sin parangón entre instituciones análogas¹⁶⁰.
3. Como producto “sui generis” del proceso de construcción europea deben mencionarse los sectores “reglados”, sometidos a una suerte de “planificación” cuasi-centralizada, como son la Política Agrícola Común y, en menor medida, la Política Pesquera Común, la Política de Transportes y la Política Industrial¹⁶¹.
4. También resultan importantes las medidas que justifican la persistencia de un “modelo social europeo”, pero que en buena medida no son más que la perfecta ilustración del principio de socialización de pérdidas y privatización de beneficios, es decir los llamados “servicios de interés general” (artículo 16 TCE) y las reglas de servicio universal¹⁶². En relación con las medidas de servicio universal debe lla-

¹⁶⁰. El artículo 105 TCE, apartado 1, establece que “el objetivo principal del SEBC será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Comunidad con el fin de contribuir a la realización de los objetivos comunitarios establecidos en el artículo 2. El SEBC actuará con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios expuestos en el artículo 4.” Queda meridianamente claro que las prioridades son las del mercado y que únicamente cuando éstas no resulten perjudicadas podrán “fomentarse” los demás objetivos. Como acertadamente expone A. CANTARO, cit., p. 173, “[...] es aquí asumida explícitamente una perspectiva de vuelco de las prioridades clásicas entre política monetaria y políticas fiscales y presupuestarias.”

¹⁶¹. Cfr. R. STÖBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht.*, 12ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 2000, p. 77.

¹⁶². Vid. Comunicación de 11 de septiembre de 1996 de la Comisión sobre “Los servicios de interés general en Europa”, así como la más reciente Comunicación sobre el mismo tema publicada en el DOCE el 19 de enero de 2001. Estos textos reconocen en cierta medida la noción de servicio público en su definición residual. En ellas se afirma su dimensión europea y

marse la atención sobre la soterrada lucha existente en el seno de las instituciones comunitarias y los diferentes Estados miembros sobre cuál debe ser su naturaleza y duración. Así, por un lado estarían la Comisión¹⁶³ y determinados Estados que consideran que el servicio universal constituye una excepción al principio de competencia y que, en consecuencia, debe tener carácter transitorio hasta tanto la libre competencia asegure la provisión de tales servicios con carácter universal. Por otro lado, estarían otras instituciones, como el Parlamento Europeo, el Comité de las Regiones¹⁶⁴, así como ciertos países, tradicionalmente Francia, que mantienen la naturaleza autónoma de las medidas de servicio universal y, por tanto, rechazan las pretensiones de liquidarlas a corto o medio plazo.

su aportación a los valores comunes de las sociedades de los Estados miembros. El Tratado de Amsterdam ha incluido indirectamente este concepto de servicio público residual en los principios comunitarios en el sentido ya presente en la Comunicación de la Comisión, incluyendo para ello un nuevo artículo en el Tratado de la Comunidad Europea, el artículo 16 (antiguo 7 D). Las directivas de liberalización de los sectores estratégicos han incluido en ocasiones la noción de servicio universal. Así por ejemplo la Directiva 97/67 de 15 de diciembre de 1997 sobre los servicios postales o la reciente Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). En esta última se da un paso más en la socialización de costes al prever la posibilidad de que el servicio universal no sea ya sufragado por los propios operadores de telecomunicaciones, sino directamente a través de los presupuestos generales.

^{163.} En este sentido, la Comisión afirma que “El servicio universal, en especial la definición de obligaciones específicas de servicio universal, es un *complemento* clave de la liberalización del mercado del sector de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea. La definición y garantía del servicio universal vela por que la accesibilidad y calidad continuas de servicios establecidos se mantenga para todos los usuarios y consumidores *durante el proceso de transición* de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertamente competitivos”. Extracto del punto 39 de la Comunicación de la Comisión sobre “Los servicios de interés general en Europa”, (DOCE de 19 de enero de 2001); (las cursivas son mías).

^{164.} Así, por ejemplo, el Comité de las Regiones manifiesta claramente su discrepancia con el punto de vista de la Comisión, indicando que “[...] considera que el enfoque que se le da [a las misiones de los servicios de interés general] en la Comunicación de la Comisión Europea, en la que se aborda el papel de los SIG como una derogación a un sistema de Derecho común (la libre competencia), es contrario no sólo al espíritu, sino también a la letra del artículo 16, inscrito en el título de los “principios” de la CE, y que se deberían adoptar medidas positivas a favor, especialmente, de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial.” Extracto del punto 6.2 del Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Comunicación de la Comisión sobre “Los servicios de interés general en Europa” (DOCE de 22 de enero de 2002).

5. La limitación de las políticas de gasto e ingresos mediante la coordinación de la política económica¹⁶⁵ (artículos 4 y 98 y siguientes del TCE) y de la política de empleo¹⁶⁶ (artículos 2, 3.1 i) y 125 y siguientes del TCE). En todo caso, el núcleo sigue estando constituido por los objetivos de la política monetaria común¹⁶⁷. La coordinación en materia de política económica se realiza a través de las “Orientaciones Generales de política económica para los Estados miembros y la Comunidad”, que son decididas por el Consejo sobre la base de una recomendación de la Comisión y de las Conclusiones que acuerde el Consejo Europeo, sin participación formal del Parlamento Europeo (artículo 99 TCE). Estas “Orientaciones” se han ido completando en los últimos años con los llamados “procesos” de Luxemburgo, relativo al empleo, de Cardiff, sobre política estructural, y de Colonia para el diálogo macroeconómico entre los responsables de las políticas monetaria, presupuestaria y salarial. A ellos deben añadirse además los objetivos políticos fijados en el Consejo Europeo de Lisboa en materia de crecimiento, progreso técnico y consecución del pleno empleo.
6. Ausencia de un centro de redistribución potente. Se carece de una capacidad “federal” de ingreso y gasto capaz de contrarrestar los desequilibrios territoriales¹⁶⁸. Ello se debe a distintas circunstancias en las que no cabe entrar aquí, pero entre las que pueden citarse dos: en primer

¹⁶⁵ Cfr. Orientaciones Generales de Política Económica de 2001. Citadas en “Informe de la Comisión sobre la aplicación de las orientaciones generales de la política económica para 2001”.

¹⁶⁶ G. MAESTRO BUELGA, cit., p.151, resalta que “el artículo 125 define los objetivos en esta materia en términos del paradigma del ‘trabajo flexible’ [...]”.

¹⁶⁷ Lo que se deduce claramente de las Orientaciones Generales de Política Económica de 2001, que preveían que “el planteamiento políticoeconómico apropiado y sin tensiones consiste en: una política monetaria que trate de mantener la estabilidad de los precios y, sin perjuicio de su *principal objetivo*, apoye las políticas económicas generales; unas políticas fiscales que se adapten a una situación presupuestaria sólida y eviten posturas procíclicas. También subrayaban la importancia de que la evolución salarial fuera coherente con la estabilidad de los precios y la creación de empleo.” Citado en “Informe de la Comisión sobre la aplicación de las orientaciones generales de la política económica para 2001” (la cursiva es mía).

¹⁶⁸ Como es sabido el presupuesto global gestionado por la Unión tiene como tope, desde 1997, el 1,27% del PNB global de la misma. Pese a la existencia de los Fondos Comunitarios debe destacarse que tienen, salvo en lo que se refiere a la política agrícola común, un carácter de “instrumentos quirúrgicos” carentes del papel redistribuidor que tienen los sistemas impositivos y presupuestarios nacionales, que cuentan con un impacto mucho más elevado sobre la disminución de las diferencias entre regiones de un mismo Estado.

lugar, la ya aludida atribución a los Estados Miembros de la tarea de mantener las medidas asistenciales propias del Estado Social y la correlativa especialización de la Unión en la constitución del Mercado Interior. En segundo lugar, estaría el componente ideológico neoliberal, según el cual los objetivos sociales serían logrados mediante el propio mercado¹⁶⁹. Finalmente, también merece destacarse que el modelo de constitución económica europea se caracteriza por dar especial relevancia a la regulación en vez de actuar a través de una política de gastos.

7. Ausencia de un catálogo jurídicamente vinculante de derechos sociales¹⁷⁰ y devaluación de los derechos sociales potencialmente existentes conforme a las constituciones de los Estados Miembros. El Tratado de Amsterdam integró en el cuerpo del TCE el “Acuerdo sobre política social” anejo al Tratado de Maastricht (capítulo 1 del título XI, nuevos artículos 136 a 145). El artículo 136 (antiguo artículo 117) recuerda que la política social es competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros. No obstante, los objetivos de la política social se mantienen en los estrechos márgenes de la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores de 1989, limitándose en la práctica a establecer unos mínimos que aseguren la libertad de circulación de los trabajadores.

¹⁶⁹. En esta línea, cfr. G. MAESTRO BUELGA, cit., p. 142, en la que se cita una argumentación del Abogado General acogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 29 de septiembre de 1987, caso Giménez Zarea, conforme a la cual “la consecución del objetivo que el artículo 2 persigue se confía más bien a un proceso en el que la economía, la ciencia, la tecnología prevalecen claramente sobre las intervenciones de la autoridad pública”, constatando la naturaleza meramente programática de los objetivos sociales del TCE.

¹⁷⁰. Así lo señala G. MAESTRO BUELGA, *idem*, p. 149: “[...]puede decirse con absoluta claridad que ningún derecho social ha sido reconocido entre los principios generales por el TJCE, salvo el de libertad sindical, en conexión con la libertad de domicilio, derivada de la libre circulación de trabajadores.” Este autor concluye, cit., p. 152, que “La constitución económica de la Comunidad, verdadera constitución material, impide que los derechos sociales traspasen el umbral normativo, manifestándose sólo bajo las formas devaluadas de política social, cuya vinculación jurídica sólo se expresa en el ámbito administrativo y del derecho derivado, subordinados a los límites de compatibilidad expresados por la constitución económica postfordista.” En relación con la política social europea, únicamente corresponde aquí constatar que ésta siempre ha estado en el furgón de cola del desarrollo de la Unión. No obstante, cabe destacar la importancia que ha tenido el influjo positivo de la normativa comunitaria sobre la normativa laboral española en determinados aspectos como son la protección de la seguridad y salud en el trabajo o la política de equiparación entre géneros.

IV. APUNTES SOBRE EL ACTUAL DEBATE ACERCA DEL FUTURO DE EUROPA

Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha visto que hoy en día asistimos a una creciente asimetría entre el espacio político y el espacio económico, cuya regulación básica y legitimación democrática debería corresponder a la llamada “constitución económica”. Esta asimetría se ha materializado en España, tal y como se ha expuesto, en una vulneración de los procedimientos de reforma constitucionales y la superposición de una prevalente constitución económica europea.

Ante esta situación, surge actualmente la posibilidad de contrarrestar en cierta medida el citado desequilibrio en el marco de la construcción europea que ha iniciado tímidamente el camino de su constitución explícita como espacio jurídico-político preponderante en Europa occidental y central.

El aspecto económico no está siendo uno de los puntos debatidos o apenas lo está siendo en el debate sobre el futuro de la Unión Europea abierto desde 1999¹⁷¹. Ello se debe seguramente al hecho, ya apuntado a lo largo de este trabajo, de que el poder económico es considerado por la ortodoxia científica y política como una cuestión técnico-natural, en la que no caben discusiones de fondo, sino únicamente ajustes de detalle. No obstante, ha habido algunas aportaciones que traslucen una cierta preocupación por este tema. Por ejemplo, JOSPIN avisa sobre el peligro que corre Europa de “reblandecerse” en el

¹⁷¹. Una excelente introducción a las distintas fases de dicho debate puede hallarse en S. VOLKMANN-SCHLUCK “Die Debatte um die europäische Verfassung. Leitbilder-Konzepte-Strategien”. www.cap.uni-muenchen.de. Sobre la falta de importancia y calado de los debates relativos a temas económicos resulta ilustrativo el documento de la Convención Europea denominado ‘Mandato del grupo “Gobernanza económica” (CONV 76/02)’, si bien algunos de los temas incluidos en la agenda de dicho grupo pueden suponer un tímido paso hacia adelante en la institución de un verdadero gobierno económico de la UE. Las propuestas de mayor trascendencia son las expresadas por el Comité Económico y Social (CES) que plantea, entre otras medidas, la necesidad de reforzar el papel de la Comisión y del Parlamento Europeo en la coordinación de las políticas económicas y la mejora de los procedimientos en dicha materia. A este respecto, cfr. “Dictamen del CES sobre el tema ‘Contribución del CES a las orientaciones generales de política económica para los Estados miembros y la Comunidad en 2002’” (DOCE 27.5.2002). Las propuestas de la Comisión, recogidas en diversos documentos, entre los que cabe citar su “Comunicación sobre el refuerzo de la coordinación de las políticas económicas en la zona euro”, se centran también en aspectos institucionales y de procedimiento que, sin pretender negar su importancia, no afectan ni cuestionan en ningún momento los elementos fundamentales de la constitución económica europea antes esbozados.

seno de una globalización de signo neoliberal si no procede a la construcción de una identidad política fuerte.¹⁷² En este contexto, la regulación explícita en un nivel europeo de las normas constitucionales que establezcan el marco en el que haya de desenvolverse la economía resulta un punto de crucial relevancia e interés. Es por ello por lo que corresponde hacer aquí una breve referencia a algunos de los aspectos formales y materiales del debate sobre el futuro de Europa actualmente en marcha. En primer lugar, se harán algunas consideraciones sobre el sistema de “convención” acordado en el Consejo Europeo de Laeken, y, finalmente, se apuntarán una serie de opiniones sobre la necesidad de incluir el modelo económico europeo como uno de los puntos centrales de la futura Constitución Europea.

De acuerdo con las informaciones accesibles sobre la Convención europea¹⁷³, ésta tiene como tarea principal la preparación “de la forma más amplia y transparente posible” de la próxima Conferencia Intergubernamental. La Convención debe examinar determinadas cuestiones relativas al futuro desarrollo de la Unión, como, por ejemplo, “¿qué esperan de la Unión los ciudadanos europeos?, ¿cómo organizar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros?, ¿cómo organizar, dentro de la Unión, el reparto de competencias entre las Instituciones?, ¿cómo garantizar la coherencia y la eficacia de la acción exterior de la Unión?, ¿cómo garantizar la legitimidad democrática de la Unión?”. Estamos, mucho me temo, ante un espectáculo perfectamente orquestado en el que se va a realizar una simulación de democracia, de legitimidad y de adhesión popular¹⁷⁴. De hecho, nos encontra-

¹⁷². Cfr. L. JOSPIN, “Zukunft des erweiterten Europas”, 28 de mayo de 2001, www.premier-ministre.gouv.fr, publicado en *DIE ZEIT.DE*, 29 de mayo de 2001.

¹⁷³. Por cierto, que la presencia de las mujeres en la convención, órgano pretendidamente constituyente de una Unión que propugna entre sus principios la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 2 TCE), no llega al 20 % del total.

¹⁷⁴. Un punto de vista mucho más positivo se mantiene, por ejemplo, por A. RODRÍGUEZ BEREJO “El futuro de la Unión Europea: un reto constitucional”, conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid (30 de enero de 2002), <http://www.futuroeuropa.es>, pp. 1-9, p. 8. Aún así, su afirmación, refiriéndose al sistema de “convención” elegido, de que “*el método es, al mismo tiempo, la sustancia*” no deja de traslucir cierta ironía –no intencionada por el autor, supongo– al afirmar que se “asegura una mayor transparencia, publicidad y participación democrática, acorde tanto con el carácter constitucional de la tarea a desarrollar como con el propósito, tantas veces proclamado, de acercar la construcción europea a los ciudadanos y reforzar su legitimidad democrática.” (subrayado en el original). Quizás faltaría añadir que dicha “participación” y “legitimidad” es puramente virtual y que no se cumplen en modo alguno los mínimos de un debate constituyente acorde con nuestra tradición filosófico-política y jurídica.

mos con un proceso del que desconocemos casi todo en la formación, legitimación, objetivos y fines de un órgano que pretende ser una suerte de pretendido híbrido entre “ponencia constitucional” y “cámara constituyente”. Por lo que se ha informado a la opinión pública, la convención europea no deja de ser poco más que una antesala de la tradicional conferencia intergubernamental que decidirá de nuevo al viejo estilo en el año 2004, sin que esté en el orden del día la posibilidad de llevar a cabo un proceso constituyente que reúna las mínimas garantías propias del mismo y sin que tampoco se hable en serio de llegar a una verdadera constitución europea, sino que, como señala GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS “no se piensa seriamente -al menos a corto y medio plazo- en un objetivo distinto de un tratado constitucional, es decir, un instrumento que, lleve o no el título de 'Constitución', seguirá siendo formalmente un tratado internacional (o un conjunto de tratados internacionales)”¹⁷⁵.

Este obviamente no es el camino para llevar a cabo un verdadero proceso constituyente ¿dónde están las elecciones para la cámara constituyente? ¿cuáles son los programas de los que van a participar en la misma? ¿qué funciones o atribuciones tiene la Convención? Estas preguntas y, sobre todo una respuesta crítica a las mismas, resultan pertinentes, si queremos evitar que la política europea siga degenerando en un espectáculo circense donde lo único importante sean la imagen y el marketing publicitario que, a modo de cortina de humo, encubren las decisiones que se toman a espaldas del “demos”. Este simbolismo heteroinducido y proyectado a través de los medios de desinformación social está perfectamente en línea con el llamado enfoque de la “governabilidad” o “governanza” tan en boga desde hace cerca de 30 años y que hoy en día deja de ser un secreto a voces para convertirse en una política expresa que, como acertadamente manifiesta José VIDAL-BENEYTO, persigue “disminuir la participación ciudadana, en tecnificar la conducción de la sociedad y en confiarla a los actores sociales (empresas, asociaciones, grupos de interés) y a unas pocas instituciones que, al enmarcar sus interacciones, les permitan conciliar más fácilmente sus antagonismos y resolver sus conflictos”¹⁷⁶. Las aportaciones de la Comisión Europea, órgano ademocrático por excelencia dentro del entramado institucional comunitario, responden perfectamente a esta línea, destacadamente el libro blanco sobre la “Gobernanza en Europa” de julio

¹⁷⁵ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS “¿Una Constitución para Europa?”, *El País*, edición de 1 de marzo de 2002.

¹⁷⁶ J. VIDAL-BENEYTO “Gobernabilidad y gobernanza”, *El País*, 12 de marzo de 2002. En un sentido similar G. JÁUREGUI BERECIARTU, cit., p. 86, que opina que el proceso reciente de integración europea es “[...] más un acto de despotismo ilustrado que una decisión democrática.”

de 2001 o su comunicación sobre el futuro de la Unión Europea fechada el 5 de diciembre de ese mismo año.

En mi opinión, este proceso es pues claramente insuficiente para dotar de legitimidad democrática al modelo económico existente en la Unión Europea y superar la mencionada asimetría entre los ámbitos económico y jurídico-político. HABERMAS propone, como solución a estos problemas, que “La discrepancia entre la integración económica, que por cierto está muy avanzada, y la integración política, que a duras penas trata de alcanzarla, podría superarse mediante una política que apunte a la formación de niveles políticos crecientes, con el objetivo de seguir el ritmo de los mercados desregulados.”¹⁷⁷ Probablemente ésta sea la opción más coherente con los postulados de nuestra mejor tradición jurídico-política. Para ello resultaría necesario proceder a una constitucionalización expresa, cumpliendo todos los requisitos procedimentales y materiales exigibles de acuerdo con los citados postulados, de los principios y reglas fundamentales que deben regir las relaciones económicas y sociales dentro de la Unión Europea, superando definitivamente la actual asimetría existente entre lo económico y lo jurídico-político y acabando con la imperante ocultación del poder económico. Solo de esta manera, y si así lo decide expresamente la mayoría cualificada de los ciudadanos tanto españoles como europeos, se podrá legitimar el “cierre” que en el caso de España se ha producido respecto de las posibilidades socializadoras abiertas por nuestra teóricamente vigente constitución económica de 1978. Para ello, desde nuestro punto de vista, es necesario tanto un proceso de reforma explícito de nuestras normas fundamentales nacionales¹⁷⁸, como un proceso constituyente expreso europeo que cumpla con las formalidades y cauces abiertos y autorizados por dichos procesos nacionales, así como con las máximas cotas de participación y debate posibles en el actual momento histórico en el marco de sociedades altamente avanzadas y formadas, desprendiéndonos definitivamente de las elevadas cotas de paternalismo ejercido –en distinto grado– por las clases políticas de los diferentes Estados Miembros¹⁷⁹.

En consecuencia, deben rechazarse tanto las posturas que se contentan con constatar la existencia de una mutación o alteración constitucional y que,

¹⁷⁷. Ver J. HABERMAS “Warum braucht Europa eine Verfassung?”, *DIE ZEIT.DE* n° 27/2001. (traducción: <http://www.publikation-deutschland.de>; Frankfurter Societäts-Druckerei, GmbH.).

¹⁷⁸. Como se ha señalado antes, este proceso se ha dado, al menos parcialmente, en otros países de la UE como Francia y Alemania.

¹⁷⁹. Con ello, obviamente, no estamos diciendo nada nuevo. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, cit., p. 476, manifestaba una posición muy similar.

sin embargo, no consideran necesario, por motivos de oportunidad o diríase incluso de “comodidad”, iniciar los citados procesos constituyentes¹⁸⁰, como aquéllas otras que, encerrándose en sus apacibles torres formalistas de marfil, ignoran los hechos y declaran solemnemente que las mutaciones no son posibles por no ajustarse a sus esquemas y, por tanto, son inválidas e inexistentes y que la Constitución sigue tan vigente como nunca.

¹⁸⁰ Por ejemplo, S. MUÑOZ MACHADO, cit., p. 60. Sin embargo, este mismo autor concluye finalmente que, pese a que el artículo 93 CE podría ser suficiente para amparar estos cambios “debe hacerse aparecer, por la vía de la reforma y de modo expreso, en el texto de la Constitución, que el representante del pueblo soberano acepta conscientemente la limitación y la reducción de la soberanía y la importante mutación constitucional que implica el concreto Tratado [...]”, cit., p. 63.