
LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO DE LA LEGISLACIÓN ECONÓMICA

.....
MARTÍN BASSOLS COMA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá de Henares

UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS QUE MÁS LLAMA LA ATENCIÓN DE NUESTRA CONSTITUCIÓN DE 1978 ES LA PROLÍFICA UTILIZACIÓN EN SU TEXTO DE CONCEPTOS ECONÓMICOS. A TÍTULO DE EJEMPLO PUEDEN SEÑALARSE LOS SIGUIENTES: ECONOMÍA DE MERCADO (ART. 38), DEFENSA

17

de la productividad (art. 38), criterios de eficiencia y economía (art. 31.2), política de estabilidad económica (art. 40), política orientada al pleno empleo (art. 40.1), planificación económica a efectos de estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1), impedir la especulación y participar en las plusvalías (art. 47), reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (art. 128.2) y, finalmente, el capítulo tercero del Título I (art. 39 a 52) lleva como rúbrica «De los principios Rectores de la política social y económica» y un Título

VII específico dedicado a Economía y Hacienda (arts. 128 a 136).

La articulación de todos los conceptos insertos en el entramado de la normativa constitucional constituyen lo que convencionalmente se denomina Constitución económica, en cuyo seno cristaliza el modelo o sistema económico que la Constitución consagra. Como es lógico, calificar si este modelo o sistema definitivamente plasmado se corresponde con una economía social de mercado (1) o simplemente con una economía de mercado, con una economía mixta o con una economía pla-

nificada, fue objeto de grandes debates en el proceso de elaboración de la Constitución (2) y continúa siendo hoy tema de abundantes polémicas doctrinales, en las que no podemos entrar en la presente ocasión.

Debe recordarse que la Constitución de 1978 es fruto del consenso de las distintas formaciones políticas y que ha dado lugar a un sistema abierto, mixto y equilibrado en el reconocimiento de derechos económicos fundamentales y de opciones de intervención en la economía de los poderes públicos. Como expresaría acertadamente

pea, se crea el Servicio Europeo de Bancos Centrales para la ejecución, en régimen de autonomía, de la dirección de la política monetaria, y se apuesta por una política de estabilidad económica que evite los déficit públicos excesivos, respetando a los Estados miembros «el principio de una economía de mercado abierta y libre». Finalmente, en 2001 se aprobó el Tratado de Niza, con repercusiones fundamentalmente institucionales, y en abril de 2003 se firmó el Tratado de Atenas, que culmina el proceso de ampliación al Este de la Comunidad.

Estas profundas transformaciones de los Tratados de la Unión Europea, si bien no han precisado de modificaciones de nuestra Constitución, a excepción de la reforma puntual de 27 de agosto de 1992 al art. 13.2 en relación con las elecciones municipales, no cabe duda que han condicionado, a lo largo de estos dieciocho años, el desarrollo constitucional por vía legislativa y la interpretación por el Tribunal Constitucional de las cláusulas o preceptos económicos de nuestra Constitución. La conexión entre ambos ordenamientos ha propiciado fundamentalmente la potenciación de los preceptos vinculados a la economía de mercado y al orden concurrencial, condicionando los objetivos de la política económica a estos valores de mercado, desplazando a un segundo término los derechos de orden social contenidos en los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52), al tiempo que con las políticas de liberalización y privatización, impulsadas desde la Comunidad, se han desactivado y neutralizado los instrumentos de intervención pública en la economía (arts. 128 a 131 CE). Aunque propiamente no puede hablarse de una mutación en la Constitución Económica, por cuanto muchos de los objetivos sociales o instrumentos públicos de intervención no eran propiamente vinculantes si no que constituían meras opciones, no cabe duda que el modelo, originariamente mixto, ha devenido a la postre en uno de primacía de la economía de mercado (4).

El actual rumbo emprendido por la Unión Europea está destinado no solamente a configurarse como un orden económico, sino a abordar cuestiones de orden político y social para superar los límites de la

mera integración económica. En este orden de consideraciones deben tenerse en cuenta recientes documentos fundamentales que si bien no van a significar un cambio en la concepción de la economía concurrencial de mercado, si pueden aportar en un futuro nuevas interpretaciones de los derechos sociales y del principio de solidaridad que no pueden dejar de constatarse.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (adoptada en la cumbre de Niza de diciembre de ese mismo año), en el marco de los «valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», reconoce como libertades en el orden económico: el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida (art. 14), la libertad de empresa, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 16), y el derecho de propiedad, por el que toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y, a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

La Carta contiene, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica de Solidaridad, una serie de principios relativos a los derechos sociales que afectan a los trabajadores (información y consulta en la empresa, negociación y acción colectiva, acceso a los servicios de colocación), seguridad social y ayuda social, debiendo destacarse el apartado 3 del art. 34, donde se establece que «con el fin de combatir la exclusión social y pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar la existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales» (5).

Además de la protección a la salud, medio ambiente y a los consumidores, el art.

36 proclama en forma de derecho un principio que debe considerarse una novedad en relación con el impacto de la regulación desarrollada hasta ahora sobre los servicios públicos, «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

Como culminación del proceso descrito, el Consejo Europeo reunido en Salónica (20 de junio de 2003) ha presentado un Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. Como objetivo económico básico, el art. 3.2 proclama que «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado único en el que la competencia sea libre y no esté falseada». Para su consecución, «la Unión contribuirá a una Europa caracterizada por el desarrollo sostenible, basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» (art. 3.2).

Esta referencia al modelo de economía social de mercado tiene relevancia en la medida que, por primera vez en los tratados y documentos comunitarios, se hace una referencia explícita al modelo o sistema económico que deberá informar a la Unión, inspirándose dicho modelo en la concepción alemana, si bien ahora enriquecido con la referencia a los criterios de desarrollo sostenible y de protección y mejora del medio ambiente, al tiempo que el elemento social se fortalece con las apelaciones a la solidaridad, a la no discriminación (art. 2) y al principio de que «la Unión combatirá la marginación social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales», así como «la cohesión social y territorial y la solidaridad entre sus miembros» (art. 3.2). Estos principios que informan la vertiente social se verán reforzados por la asunción por la Constitución para Europa como Derechos Fundamentales de la Unión (Parte II).

En orden a la distribución de competencias económicas, las innovaciones del proyecto de Constitución van a ser relevantes. Siguiendo un esquema federal o federalizante de distribución de competencias se atribuyen a la Unión como exclusivas: la política monetaria de los Estados miembros que hayan adoptado el euro, la política comercial común, la unión aduanera y la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común (art. 12).

Por el contrario, tendrán la consideración de competencias compartidas: el mercado interior, la agricultura y la pesca (a excepción de la conservación de los recursos biológicos), el transporte y las redes transeuropeas, la energía, la política social, la cohesión política social y territorial, el medio ambiente y la protección a los consumidores (art. 13). La industria, sin embargo, se conceptúa como competencia dentro del ámbito de la acción de apoyo, coordinación o complemento (art. 16). El sistema competencial se cierra con una referencia a la función de la Unión en la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en particular adoptando las orientaciones generales de dichas políticas (art. 14) y reiterando que el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales formarán el sistema Europeo de bancos centrales a los que corresponderá llevar a cabo la política monetaria de la Unión. El sistema de distribución de competencias se modula con el reconocimiento del principio de subsidiaridad (art. 9.3) en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva, con la cláusula de flexibilidad (art. 17) y con una apelación genérica de respeto a la autonomía local y regional (art. 5). Por la reciente Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre, se anuncia que el Referéndum sobre este Proyecto de Constitución se simultaneará con las próximas elecciones al Parlamento Europeo en 2004.

LIBERTAD DE EMPRESA Y ECONOMÍA DE MERCADO

Con la enunciación de la libertad de empresa en el art. 38 de la Constitución se abandona o sustituye la clásica nomen-

clatura del constitucionalismo tradicional que se refería simplemente a la libertad de industria y comercio. Esta mutación es, en alguna medida, relevante por cuanto históricamente la afirmación de la libertad de industria y comercio remite a una representación ideológica superada –la expresión de una reacción frente al orden corporativo del Antiguo Régimen– y a una realidad económica transformada, pues la actividad económica se centra actualmente más en la producción masiva de bienes y servicios que en la propia idea de cambio de mercancías a la que parece vinculada la expresión tradicional de «comercio e industria». Esta actualización conceptual, sin embargo, se hace a costa de introducimos en uno de los conceptos de más difícil precisión y de uso polivalente en el lenguaje jurídico, cual es el de empresa.

El concepto de empresa es poliédrico, según las diversas perspectivas jurídicas o económicas con que puede ser analizado, pero parece lícito interpretar que por libertad de empresa hay que entender aquel derecho que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo a la realización de actividades económicas para la producción o intercambio de bienes y servicios, conforme a un modelo de autonomía organizativa, con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (la idea del ánimo de lucro es sustancial, al punto que la STC 49/1998 de 22 de marzo niega la condición de empresa privada a efectos de la protección de la libertad de empresa a las Cajas de Ahorro, por ausencia de ánimo de lucro, carecer de propietarios y su gestión estar afectada al interés público).

Al propio tiempo, el derecho a la libertad de empresa tiene conexiones con el derecho a la libre elección de profesión y al trabajo (art. 35) e, indirectamente, con la participación de los trabajadores en la empresa y el acceso a los medios de producción (art. 129.2 CE); si bien el Tribunal Constitucional ha admitido que la negociación colectiva no supone negar virtualidad a la libertad de empresa (STC 208/1993 de 28 de junio).

Análogamente, también tiene conexiones con el derecho de propiedad (art. 33) que lógicamente se proyecta sobre los ac-

tivos elementos infraestructurales de la empresa, razón por la cual deberían distinguirse libertad de empresa y propiedad de la empresa (6), si bien la función social del derecho de propiedad puede condicionar el ejercicio de la libertad de empresa (STC 37/1987 de 26 de marzo en relación con la actividad empresarial agrícola, su ejercicio ha de quedar condicionado por las restricciones que a la libertad de explotación –o no explotación– de la tierra y de los deberes positivos que en relación con la misma le imponga por la Administración de acuerdo con las leyes, en virtud de la función social de la propiedad).

La libertad de empresa como derecho fundamental de contenido económico, si bien no está protegido por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si goza de la garantía del art. 53.1 de la CE en el sentido de que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos». La principal dificultad, lógicamente, estriba en determinar el alcance del contenido esencial de la libertad de empresa pues, como señalaría la STC 83/1984 de 24 de julio interpretando el referido art. 53 CE, dicho artículo «impone la reserva de Ley y al Legislador la obligación de respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades». Es evidente que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta y, de otra, que las limitaciones que a la libertad de elección, de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada la mayor parte por preceptos de carácter infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales solo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantiza de contenido esencial alguno.

La dificultad, como decimos, es sin embargo sólo aparente, pues el derecho constitucional garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a realizar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio. Tampoco en el art. 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier

empresa, sino sólo la de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. Complementariamente, la sentencia 64/1990 de 5 de abril destaca que «la libertad de empresa comprende la elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos».

De estas proclamaciones parece deducirse que la jurisprudencia constitucional atiende más a destacar el carácter de garantía institucional que su aspecto subjetivo como derecho fundamental, motivo que ha merecido la crítica de algunos autores que concluyen que el art. 38 es un precepto desvirtuado y que no logra articular o simbolizar la piedra angular del sistema o modelo constitucional basado en la economía de mercado (7).

Desde una posición minimalista pero posiblemente más eficaz un autor como Rubio Llorente ha destacado cómo la libertad de empresa conlleva la aplicación del principio de igualdad de tratamiento y de protección a los empresarios que se dedican a una misma actividad económica o sector, de tal suerte que todos ellos sean jurídicamente iguales ante el mercado (8).

Ante esta indeterminación de la efectividad real del derecho a la libertad de empresa en nuestra Constitución, habrá que recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 16 reconoce análogamente la libertad de empresa, con lo que nuestro precepto constitucional adquiere un reforzamiento especial en el marco de la economía social de mercado asumido por la futura Constitución para Europa.

Finalmente, deberá tenerse en cuenta que a los límites constitucionales del interés general y a las exigencias de la productividad, habrá que adicionar ahora las limitaciones derivadas del modelo de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente (art. 3 de la Constitución Europea). Para una primera manifestación de las imposiciones a las empresas, deriva-



das de la técnica para evitar la contaminación, debe tenerse muy en cuenta la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Para que el mercado pueda funcionar se requiere una serie de presupuestos institucionales que tradicionalmente han sido ofrecidos por el derecho privado (civil o mercantil), tales como la libre determinación de los factores productivos, la libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, el libre juego de la competencia y la competencia, la capacidad de autodeterminación y gestión de la empresa, la libertad de apropiación del beneficio empresarial y la libertad de contratación que simboliza la propia idea de la autonomía de la voluntad e incluso la esencia de la libre empresa.

Estos principios al contrastarse con la realidad han provocado disfunciones que han exigido una acción correctora del Estado en defensa de la propia competencia ante unas prácticas que aspiran a alterar el propio resultado competitivo o para proteger intereses sociales desasistidos (defensa de los consumidores y usuarios). Este proceso ha tenido su reflejo en el terreno jurídico con la aparición de la disciplina pública de la economía y con la modulación del clásico

principio privatista de la autonomía de la voluntad por motivos de orden público económico. La circunstancia de que las técnicas limitativas procedentes de uno u otro ámbito se hayan desenvuelto separadamente en el plano operativo y en el científico ha dado lugar a un panorama en cierto modo asimétrico y a una duplicidad de instrumentos jurídicos en detrimento de su eficacia.

Como manifestaciones de intervenciones motivadas por razones de orden público económico pueden citarse una serie de leyes que han renovado el núcleo del Derecho privado: General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984 de junio); Competencia Desleal (Ley 3/1991 de 10 de enero); Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998 de 13 de abril); Marcas (Ley 17/2001 de 7 de diciembre); Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (Ley 22/1994 de 6 de julio); Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996 de 15 de enero); Horarios Comerciales (Decreto-Ley de 30 de abril de 1995 y Ley Orgánica 2/1996 de 15 de enero, con referencia especial a las sentencias del TC 225/1993 de 8 de julio, que precisan que la libertad de horarios no deriva propiamente de la libertad de empresa, sino de la ordenación general del mercado) y la reciente Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio).

PROGRESIVO PERFECCIONAMIENTO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Desde la perspectiva del derecho público económico es clave la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que ha sido objeto de abundantes modificaciones puntuales a lo largo de sus catorce años de vigencia (la última reforma importante ha sido operada por la Ley 52/1999, de 17 de julio) y cuyo análisis esquemático referiremos a continuación. La Ley 16/1989 aspira a garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, declarándose compatible con las demás leyes que regulan el mercado por exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado, en especial con la competencia desleal.

En su preámbulo se proclama la Competencia como principio rector de toda economía de mercado y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en la que se manifiesta la libertad de empresa. La nueva Ley sustituyó a la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Prácticas Restrictivas a la Competencia que, como destacaría Hierro Sánchez-Pescador (9) alcanzaría poca efectividad y cuya razón de ser obedecía a un compromiso de la exigencia del Convenio de ayuda americana de 1953 y a la negociación con la Comunidad Económica Europea de 1962.

Todo ello explicaba la necesidad inaplazable de proceder a una nueva ordenación de la competencia en el marco del sistema democrático, el ingreso en la Comunidad Económica y la progresiva iniciación de la liberalización del sistema económico.

El Sistema de Defensa de la Competencia se articula sobre tres piezas básicas. La primera de ellas es la tipificación y, en su caso, sanción por el Tribunal de los Acuerdos y Prácticas Restrictivas y Abusivas, distinguiendo al efecto entre las conductas prohibidas, autorizadas por Ley (según el art. 2.1 no pueden ampararse en esta cobertura las situaciones de restricción de competencias que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por las actuaciones

de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal), las autorizadas singularmente por el Tribunal y las autorizadas por categorías (Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, que regula el procedimiento para este tipo de autorizaciones y crea el Registro de Defensa de la Competencia de carácter público).

La segunda pieza se centra en la emisión de informes sobre concentraciones económicas de empresas (fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, creación de una empresa en común y, en general, adquisición del control conjunto sobre una empresa), cuyo procedimiento y características de la preparación de los informes por el Servicio de Defensa de la Competencia ha sido regulado por el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, con posibilidad de terminación convencional del procedimiento.

Finalmente, la competencia del Tribunal, sin perjuicio de las atribuciones de las instancias comunitarias, analizará los criterios de concesión de ayudas públicas (aportación de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de cargas a que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven una contraprestación en condiciones de mercado). Una vez autorizadas dichas ayudas públicas, entendemos que serán de aplicación las normas procedimentales de la reciente Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, como órgano encargado de la ejecución de la Ley (su misión es preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de funciones de resolución, informe y propuesta que la presente Ley le atribuye expresamente) y con el apoyo en la instrucción previa de los expedientes por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, se configura como simple Organismo Autónomo con personalidad jurídica propia y autonomía de gestión que,

sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. No tiene la condición de Administración independiente, puesto que todos sus miembros y Presidente son nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio.

Sin embargo, esta calificación administrativa de organismo autónomo, a pesar de tratarse de un organismo colegiado, ha permitido incrementar sus dotaciones, económicas y de personal, ante el incremento espectacular a lo largo de la década de los noventa que han tenido sus intervenciones regladas, así como los estudios e informes de investigación sobre competencia que ha elevado al Gobierno y que han permitido la adopción de medias liberalizadoras. Sus resoluciones tienen la consideración de resoluciones administrativas y contra las mismas se podrá interponer recurso contencioso-administrativo.

Recientemente, la competencia general del Tribunal de la Competencia se ha visto, en cierta medida, cuestionada en un doble sentido. Por una parte, a raíz del proceso de liberalización han aparecido comisiones reguladoras (Comisión Nacional de Telecomunicaciones, Comisión de la Energía y del Sistema Eléctrico) a las que se les reconoce sectorialmente competencias en materias propias del Tribunal planteando el tema de la coordinación entre ambas instancias.

Análogamente, en el orden territorial, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, que declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o parte del mercado nacional» inserta en sus arts. (4, 7, 9, 10, 11 y 25.a), ha determinado el reconocimiento de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. A fin de preservar y proteger la unidad de la economía nacional y las exigencias de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de la competencia constitucional de bases de coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), se ha dictado la Ley 1/2002 de Coordinación de Competencias

Los servicios de correos son objeto de la Ley 24/1998 de 13 de julio del Servicio Postal Universal y de Liberalización de Servicios Postales. El proceso liberalizador se ha intensificado, fundamentalmente, ante las innovaciones de la normativa europea, desde la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, con modificaciones parciales prácticamente anuales hasta la nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, también denominada General de Telecomunicaciones. Al tiempo que incorpora la nueva dimensión de las «comunicaciones electrónicas», su art. 5 destaca que «las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia», manteniendo sin embargo la terminología clásica de servicio público o de sometimiento a obligaciones de servicio público (servicio universal y obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general). Las obligaciones de servicio público en redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas exigirán su prestación conforme a los principios de «igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia» (art. 20).

En los límites de este trabajo no puede hacerse una valoración general de los resultados de la privatización de los servicios públicos, pero si es necesario anotar que su implantación ha comportado la aparición de un nuevo modelo de Administración pública, denominado Administraciones Independientes –doctrinalmente muy discutida su caracterización doctrinal (13)–, para referirse a la separación entre los poderes públicos y los entes reguladores y garantes del nuevo estatuto de las actividades liberalizadas en régimen de competencia. Especial mención merecen la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, objeto de reciente remodelación orgánica y funcional por la Ley 32/2003 (art. 48).

La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, según esta reciente actualización, tiene como misión «el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomu-



nicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de controversias entre los mismos» (los laudos de la Comisión tendrán los efectos establecidos en la Ley de Arbitraje).

La Comisión se integra por un presidente, un vicepresidente y siete consejeros, nombrados por el Gobierno entre profesionales de reconocida competencia en la materia, previa comparecencia ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados. Su cese sólo podrá producirse por renuncia, expiración del término del mandato o por separación, previa instrucción de expediente por incapacidad o incumplimiento grave de las obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida.

LAS MANIFESTACIONES DE LAS PRIVATIZACIONES DE EMPRESAS PÚBLICAS

El art. 128.2 CE proclama que se «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica». Si el término «iniciativa económica» es equivalente a capacidad de emprender acciones económicas, significa que a los entes públicos (Estado, Co-

munidades Autónomas y entes locales) se les reconoce legitimación para ejercer empresarialmente actividades económicas. De ello se deriva que constitucionalmente la actuación económica deja de ser una actividad propia de los particulares para poder ser desarrollada en régimen de concurrencia también por los entes públicos, salvo que invirtiendo el planteamiento tradicional, mediante ley, se reserve al sector público recursos o servicios esenciales.

La equiparación entre la actividad económica de los sujetos privados y los entes públicos planteó la cuestión de si podía considerarse absoluta e incondicional dicha equiparación. Por lo pronto, se advirtió que debían justificarse motivos de interés público para asumir una iniciativa económica, aún cuando esta justificación no equivalía en ningún caso al principio de subsidiaridad que se exigía formalmente en el régimen preconstitucional. La paridad de trato que se postulaba entre la empresa privada y la pública –que en el orden decisonal y el financiero nunca tiene lugar– quedaba en parte compensado con la aplicación de la concurrencia en el acceso a la función empresarial y en la aplicación de las reglas de la competencia, en la inteligencia, sin embargo, de que la iniciativa pública, en cuanto a garantía constitucional, no podía equipararse al derecho de libre empresa de los particulares (art. 38).

En definitiva, el art. 128.2 se correspondía con el modelo de economía mixta, común a los distintos países occidentales, y no imponía límites cuantitativos a su expansión, con lo cual se legitimaba el sector público existente al momento de promulgación de la Constitución, a pesar de las disfunciones y falta de nacionalización que presentaba.

Sobre el mantenimiento del «statu quo» preconstitucional, es revelador el dato que en los Pactos de la Moncloa se había previsto la promulgación de un futuro Estatuto de la Empresa Pública y su aprobación sería insistentemente reclamada en los debates parlamentarios de aquella etapa, llegándose a aprobar incluso una Proposición no de Ley al respecto en el Congreso de los Diputados el 6 de julio de 1983.

Los hechos económicos y las decisiones políticas posteriores a la Constitución van, sin embargo, a imprimir un giro radicalmente distinto a la presencia de la empresa pública en el panorama de la economía española. Tras el paréntesis 1977-1982 en el que, por razones de crisis económica y de desempleo, se acude de nuevo a la empresa pública como instrumento de política económica (incorporación al sector público de empresas como Interlorge, Segarra o Hytasa, creación del Fondo de Garantía de Depósitos, o creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos, como segregación del INI, por Ley 457/1981 de 28 de diciembre), se inicia un período de racionalización a través de la política de reconversión industrial (Ley 21/1982, de 9 de junio, y posteriormente Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización). Las nacionalizaciones francesas de 11 de febrero de 1982, declaradas compatibles con el derecho comunitario, no tuvieron repercusión en nuestro país, a excepción de la expropiación del Grupo Rumasa (Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero) y la nacionalización de las redes eléctricas de alta tensión por la Ley 49/1984, de 26 de diciembre.

El gobierno socialista inicia una etapa de saneamiento, reconversión y de privatizaciones parciales de empresas públicas a partir de 1983, que se incrementa a partir de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea en 1985, con la desaparición de los Monopolios Fiscales (Ley 45/1984 de Reordenación del Sector Petrolero). El Programa de Convergencia (1992-96), aprobado en 1992 para la adaptación de nuestra economía a la creación del Mercado Único y a la Unión Económica y Monetaria, contiene el compromiso de no aumentar el tamaño del sector público empresarial y de crear el marco adecuado para que las actuales empresas públicas sean gestionadas de acuerdo con los principios de la economía de mercado, congelando el volumen de recursos públicos canalizados hacia las empresas públicas.

Paralelamente, a la aceleración del proceso de privatizaciones parciales, por Real Decreto-Ley 5/1995 se suprimen los dos

grandes holding estatales (INI y INH), creándose en su lugar la SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales) que agrupa a las empresas públicas competitivas y la AIE (Agencia Industrial del Estado) que aglutina a las empresas en proceso de reconversión y saneamiento de más difícil enajenación. Al final de esta etapa se aprueba la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas, que establece un régimen de autorización previa por razones de interés público (la acción de oro) en determinadas empresas susceptibles de enajenación.

El resultado de este proceso privatizador, según F. Comin, arroja el siguiente balance: «el peso global de la empresa pública se redujo entre 1985 y 1993 del 11,2% al 7% del conjunto de la economía. Los ingresos obtenidos con las privatizaciones, entre 1985 y marzo de 1994, ascendieron a un billón de pesetas» (14).

En 1996 se produce la llegada del Partido Popular al Gobierno que, con la inmediata aprobación el 28 de junio de 1996 por el Consejo de Ministros del «Acuerdo por el que se establecen las bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado», se va a imprimir un nuevo rumbo al proceso privatizador. Por lo pronto, se anuncia que el proceso de privatizaciones (el punto Quinto del Programa entiende por privatización «la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público la pérdida de influencia decisiva de la empresa de que se trate») tendrá vocación de globalidad, afectando potencialmente a todas las empresas del sector público estatal.

Esta progresiva liquidación del sector público empresarial se pretende que vaya más allá de un simple conjunto de operaciones de venta de empresas públicas, debiendo, en su caso, coadyuvar a la transformación económica y social de España, corregir desequilibrios, incrementar la competitividad de la economía y potenciar el protagonismo del sector privado en la economía. En lógica congruen-

cia con estos objetivos se destaca el compromiso de que «los ingresos, provenientes de las privatizaciones, se integrarán en los Presupuestos de Ingresos del Estado, no podrán ser destinados a atender gastos u obligaciones corrientes de las administraciones públicas, destinándose preferentemente a la corrección de los desequilibrios presupuestarios y a la financiación de inversiones».

Para la instrumentación jurídica de este ambicioso proceso se descartó la promulgación de una Ley General de Privatizaciones o la probación por Ley singular de cada decisión privatizadora como registraban algunas experiencias del derecho comparado por un diseño procedimental de raíz gubernativa, —insertando, no obstante, en el procedimiento una serie de controles preventivos y a posteriori—, que respondería a unos criterios de principio: publicidad, transparencia y concurrencia; eficiencia y economía, separación de la propiedad y la gestión de las empresas; corrección de desequilibrios presupuestarios, salvaguardia de los intereses económicos generales y de los intereses patrimoniales del Estado; protección de los intereses de los accionistas y terceros, aumento de la competencia, continuidad del proyecto empresarial de las empresas privatizadas y extensión de los mercados de capitales y ampliación de las bases accionariales de las empresas (15).

Pese a la renuncia a la promulgación de una ley general de privatizaciones, fue necesario la reforma puntual de algunas disposiciones legales para poder instrumentar tan ambicioso programa: modificación de los art. 103 y 104 de la Ley del Patrimonio del Estado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social deslegalizando a favor del Gobierno las autorizaciones para la enajenación de los títulos representativos del capital propiedad del Estado y para su enajenación en mercados secundarios; exención, por el art. 152.3 de la misma Ley 13/1996, de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la AIE. Por Decreto-Ley 15/1997 se suprimió la AIE, transfiriendo sus participaciones a la SEPI, que había sido creada mediante el propio Acuerdo de aprobación del Programa.

El procedimiento privatizador se articula conforme al siguiente esquema: la dirección e impulso del proceso privatizador corresponde al Gobierno y a la Comisión Delegada de Gobierno, actuando como agentes gestores, y a la SEPI, que formularán la propuesta concreta de privatización y el procedimiento de enajenación (eventual concesión de descuentos sobre precio referencia, coberturas de riesgos, reserva de porcentajes a empleados, etc); a continuación se someterá la propuesta de los agentes gestores a informe del Consejo de Privatizaciones (creado como órgano colegiado por el Consejo de Ministros al aprobar el Programa de Modernización del Sector Público e integrado por un presidente y ocho vocales, todos ellos nombrados por acuerdo conjunto del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y el entonces Ministro de Industria, entre personas de reconocido prestigio); la decisión definitiva sobre la enajenación corresponde al Consejo de Ministros.

Desde el punto de vista de la fiscalización financiera, con independencia de la intervención del Tribunal de Cuentas, la Intervención General de la Administración del Estado elevará un informe de auditoría sobre el desarrollo de la operación. El control parlamentario de cada una de las operaciones se lleva a cabo por la Subcomisión de Privatizaciones, constituida en la Comisión de Industria del Congreso de los Diputados, que recibe la información elaborada por la SEPI y puede solicitar comparencias de responsables, formular sugerencias y utilizar los distintos instrumentos de control parlamentario.

Desde 1996 ha tenido lugar un intenso proceso de privatizaciones, la mayoría de ellas mediante proceso de adjudicación OPV (entre ellas, Gas Natural, Telefónica, Repsol, etc) y como resultado global, según las afirmaciones del Vicepresidente Segundo del Gobierno en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados (CG. Diario Sesiones del CD. Comisiones nº 663 el día 18 de diciembre de 2002) «los ingresos generados por privatizaciones desde junio de 1996 suman más de 27.000 millones de euros, con unas plusvalías superiores a los 10.800 millones de euros. Gracias a las 45 compañías privatizadas desde 1996 se ha

conseguido reducir la participación del Estado en la capitalización bursátil, que era del 9% a mediados de 1996, hasta menos del 0,5% en la actualidad. La participación de la industria pública en el PIB estatal ha pasado del 1,8 en 1996 al 0,1 en el 2001 (pag 21526).

Como ha destacado F. Comin, el efecto fundamental de las privatizaciones ha sido «la redistribución del poder económico del Estado y de los políticos hacia los empresarios privados. Con ellas, la banca ha recuperado el papel industrial que había perdido con las crisis de los años 70, cuando los banqueros abandonaron sus empresas con grandes pérdidas. En efecto, el proceso de privatizaciones ha dado un vuelco al poder empresarial dentro del país» (16).

El resto de las empresas públicas estatales en proceso de privatización siguen encuadradas en la SEPI, con independencia de las que son administradas por la Dirección General del Patrimonio del Estado. La reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, sobre Patrimonio de las Administraciones Públicas, regula en su art. 168 la reestructuración del sector público empresarial, a fin de reordenar la administración de las participaciones en las empresas públicas, con la posibilidad de distintas transferencias entre entidades empresariales públicas. Asimismo, en el art. 175 se establece el procedimiento para la enajenación de títulos representativos del capital, cuya competencia se atribuye al Ministerio de Hacienda, con la posibilidad de realizarse en mercados secundarios organizados o fuera de los mismos, de conformidad con la legislación vigente y por medio de cualesquiera actos o negocios jurídicos. Finalmente, la Disposición Transitoria Cuarta prevé la adaptación de lo dispuesto en la Ley del Patrimonio, en el plazo de un año y mediante Ley, del régimen jurídico de la SEPI, regulándose hasta entonces dicha sociedad por sus actuales normas.

Esta política de drástica reducción del sector público empresarial estatal no ha tenido, sin embargo, su correspondencia en el ámbito de las Comunidades Autónomas y entes locales, cuyos sectores públicos han experimentado un crecimiento imparable por la vía de la descentralización de servicios y adquisición de partici-

paciones o creación de empresas públicas. El balance de este proceso en 1999 era de 758 empresas municipales, 72 de las Diputaciones y 334 de las Comunidades Autónomas.

LA INTERVENCIÓN DE LAS EMPRESAS PRIVATIZADAS Y SUS MANIFESTACIONES

El art. 128.2 de la Constitución permite, mediante Ley, la intervención de empresas «cuando así lo exigiere el interés general», si bien despoja a la institución de todo contenido referencial en cuanto al alcance y temporalidad de esta intervención. La Sentencia del TC 11/1983, de 2 de diciembre, declara que la intervención puede llevarse a cabo «bien de acuerdo con una ley general que regule la intervención de empresas, bien de acuerdo con leyes sectoriales que contemplen la intervención en ámbitos específicos, bien, por último, por medio de leyes específicas o de caso único».

En relación con el contenido de la intervención, ésta puede revestir distintas modalidades, pero en última instancia, la experiencia normativa pone de relieve que se trata de una medida excepcional y transitoria para afrontar estados de crisis empresarial o de quiebra de empresas consideradas de interés general para la economía, con el propósito de sanear su gestión o reflotarlas, materializándose mediante la sustitución de los órganos ordinarios de administración o explotación por otros extraordinarios, llamados Consejos de Intervención o Incautación.

La legislación ofrece una variada gama de este tipo de intervenciones. La normativa preconstitucional contemplaba, en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (art. 119) o en la Ley del Patrimonio del Estado de 1963 (art. 111), medidas de incautación o intervención mediante el control de la gestión de las mismas durante el plazo de un año. En el período postconstitucional, por vía singular por Real Decreto-Ley 12/1982, de 27 de agosto, se reguló la intervención del Estado en la central nuclear de Lemoniz. Pero ha sido la legislación sectorial en materia de entidades de crédito, seguros, cooperativas e incluso empresas contratistas, al amparo

aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1). Estos principios de unicidad del orden económico, unidad de mercado y de política económica han sido unánimemente corroborados por la jurisprudencia constitucional, figurando entre las más significativas la STC 29/1986 y, más recientemente, la STC 133/1997 de 16 de julio y la STC 208 /1999 de 11 de noviembre.

La inaplicación como sistema general de la planificación económica (art. 131 CE) ha impedido la aplicación del único mecanismo, previsto expresamente por la Constitución, de cooperación y coordinación entre Estado y Comunidades en materias de competencias económicas (Consejo de planificación). En sustitución de este organismo se creó el Consejo Económico y Social, por Ley 21/1991, de 17 de junio, modificada por Ley 31/1991, de 30 de diciembre. En este Consejo están representados las organizaciones sindicales y empresariales, otros sectores económico-sociales y los consumidores, limitando su actuación a informar las Leyes y reglamentos en materia socioeconómica y elaborando una serie de estudios e informes de gran interés. Su configuración como organismo autónomo le ha permitido incorporar una serie de medios materiales y personales para un mejor cumplimiento de sus funciones de estudio y de programación de actividades.

Finalmente, hay que observar que el texto constitucional de 1978 no contiene referencias explícitas a las actuaciones de los entes locales en el campo económico. Ahora bien, lo cierto es que la mayoría de las cláusulas económicas constitucionales están dirigidas genéricamente a los poderes públicos, por lo que debe considerarse que implícitamente están referidas también a los entes locales, por lo que, junto al reconocimiento de la autonomía local, puede afirmarse la existencia de un protagonismo local en el orden económico.

Tradicionalmente, la acción local en materia económica se reducía al ámbito de las actividades susceptibles de municipaliza-

ción, con o sin monopolio (18). En la actualidad, los entes locales se han visto impelidos a desarrollar una serie de medidas o políticas de desarrollo local o de promoción económica que se materializan en una serie de iniciativas a favor del empleo, el estímulo de la economía local y el apoyo a las empresas locales. Estas nuevas políticas que otorgan a los entes locales una relevante importancia han surgido en las etapas de crisis económicas y de desempleo de los años ochenta y se apoyan en el carácter estratégico de los núcleos urbanos o ciudades, que por su situación, infraestructuras, redes de servicios, concentración de medios tecnológicos, coadyuvan al desarrollo de los tejidos industriales y a los mercados de trabajo, jugando un papel de primer orden en el desarrollo industrial y comercial (19), que si no pudo ser reconocido en el texto constitucional en su día, la nueva Ley de Modernización del Gobierno local, de diciembre de 2003, ampara y promueve.



NOTAS

- (1) Sobre la pretensión de que en el texto constitucional figurara la referencia a la economía social de mercado por parte, fundamentalmente del Círculo de Empresarios, es muy ilustrativo e interesante el estudio de C. Rodríguez Braun: «25 años del Círculo de Empresarios». Círculo de Empresarios. Madrid, 2002.
- (2) Martín Bassols Coma, «Constitución y Sistema Económico». 2ª edición. E. Tecnos. Madrid, 1988.
- (3) Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Sesión plenaria, nº 39 (14 de junio de 1978), pag 3.137.
- (4) Sobre esta cuestión, G. Maestro Buelga, «Constitución Económica e Integración Europea», en Revista de Derecho Político nº 54. Madrid 2002, pp 33 y ss.
- (5) Sobre la influencia del pensamiento jurídico y económico alemán en la redacción de la Carta, es de interés el trabajo de Franz C. Mayer, «La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne», en Revue trimestrielle de Droit Européen», nº 2, abril junio 2003, pp 175 y ss.
- (6) C. Paz Ares, «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en comentario a la constitución socio-económica de España. Comares, Granada, 2002, pp 357 y ss.

(7) G. Ariño, «Principios de derecho público económico». 2ª edición. Comares, Granada 2001, pp 221 y ss.

(8) F. Rubio Llorente, «La libertad de empresa en la Constitución», en Estudios Menéndez. Madrid, 1995. Vol I, pag 431 y ss.

(9) L. Hierro y Sánchez Pescador, «Una introducción a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario», en EKONOMIAZ, Revista vasca de economía, nº 21, 1991, pag 14 y ss.

(10) Vid entre otros G. Ariño Ortiz op. cit. y S. Muñoz Machado, «Servicio público y mercado-Vol II (las telecomunicaciones)», Civitas 1998; J. de la Cruz, «Principios de regulación económica en la Unión Europea», IEE, Madrid, 2002 y R. Martín Mateo, «El marco público de la economía de mercado», Aranzadi, 2ª ed. Madrid 2003.

(11) Vid el volumen «Reforma y liberalización económica». Ed. Civitas. Madrid 1996.

(12) Vid G. Ariño Ortiz y L. López de Castro, «El sistema eléctrico español, regulación y competencia», E. Montecorvo, Madrid 1998.

(13) Para un panorama general de estas administraciones y su problemática, R. Parada, «Derecho administrativo II». M. Pons, vol II. Madrid 2003 pp 270 y ss.

(14) F. Comin, «Un siglo de evolución y cambios en la empresa pública española», en Revista asturiana de economía, nº 16-17; 1999-2000, pp 180.

(15) El texto del Programa de Modernización del Sector Público se publica íntegramente como anexo en J. C. Da Silva Ochoa y AAVV, «El control jurídico de las privatizaciones de empresas». Civitas. Madrid 2003, pp 195 y ss.

(16) F. Comin, «Un siglo de evolución, op. citada, pag 185. Para un análisis económico de las privatizaciones en este período L. Gamir, «Las privatizaciones en España». E. Pirámide. 1999.

(17) Vid el texto de la sentencia en Noticias de la Unión Europea, nº 223-224, agosto-septiembre 2003.

(18) El art. 86 de la Ley de Bases del Régimen Local (7/1985 de 2 de abril) permite la municipalización, con y sin monopolio, de los servicios locales, declarando la reserva de los servicios esenciales. De la enumeración primitiva de servicios reservados de este artículo, debido al proceso de liberalización, han resultado excluidos los servicios mortuorios (Real Decreto-Ley 7/1996) y el suministro de gas (Ley 34/1998, de 7 de octubre, sobre Hidrocarburos).

(19) Vid Q. Brugue y R. Goma, «Gobiernos locales y políticas públicas: bienestar social, promoción económica y territorio». Ariel, Barcelona, 1998.