

DOCUMENTACIÓN

LECCIÓN 1. LA ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA

Asignatura: La acción administrativa en sectores específicos 2010/2011

Universidad Carlos III de Madrid

(Resumen de contenidos)

Tomás de la Quadra-Salcedo

Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 1.1. *Orden económico y “constitución económica”*
- 1.2. *Las instituciones fundamentales del orden económico.*
- 1.3. *La organización de la Administración económica; en especial, las autoridades o los entes reguladores y la regulación económica.*

1.1. ORDEN ECONÓMICO Y “CONSTITUCIÓN ECONÓMICA”.

§ 1. A lo largo del presente curso hemos de examinar la acción de la Administración –y el Derecho al que se somete dicha acción– en la perspectiva de los distintos sectores de la acción pública. Varios de ellos tienen que ver directamente con la vida económica; pero en todo caso todos ellos, de una forma u otra, tienen incidencia en la vida económica. En todo caso en gran parte de las lecciones, y en los temas que en ellas se abordan, la economía está directamente presente. Es el caso de las lecciones relativas a la industria, el comercio o los servicios, además de las dedicadas a las infraestructuras,

medioambiente, ordenación del territorio o el urbanismo. En el caso de la seguridad ciudadana no ocurre lo mismo, pues la acción pública no se dirige de forma directa a provocar un efecto sobre la vida económica, pero lo cierto es que sin seguridad se hacen difíciles las inversiones y la actividad. Por ello, dado el número de lecciones que se relacionan con la actividad económica procede empezar con un examen del orden económico y sus instituciones.

Pues bien, en lo que hace a la actividad económica hay siempre un dato previo a considerar que no tiene que ver con la Administración misma, sino con la pregunta acerca de cuál es el orden económico fundamental en el que se mueven ciudadanos y empresas, pues sólo desde la recta comprensión de ese orden se puede explicar el papel que los poderes públicos desarrollan, ya sea para intervenir o no directamente en él, ya sea para desarrollar actividades o establecer regulaciones con incidencia en la vida económica.

Tal orden económico viene determinado por el papel respectivo de los poderes públicos y los ciudadanos y empresas para tomar decisiones sobre sus actividades respectivas con relevancia económica. Así puede comprobarse la existencia de sistemas económicos en que la iniciativa económica está reservada prácticamente en exclusiva al Estado siendo el papel de las personas o empresas residual (la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas o Cuba, en la actualidad) y otros en que, por el contrario, son los ciudadanos y empresas quienes toman por sí mismos sus decisiones quedando a los poderes públicos, en teoría, muy pocos poderes de intervención directa, aunque desarrollen poderes de supervisión e incluso regulación. Entre esos dos extremos se mueven una enorme cantidad de sistemas con distintos matices en ese equilibrio entre el papel del Estado y el papel de los individuos.

El sistema de cada país determina el orden económico del mismo y se trata ahora de determinar cuál es el orden económico del nuestro. En definitiva se trata de determinar con carácter previo cuál es el modelo económico que fija nuestra Constitución: Economía libre de mercado, Economía social de Mercado,

régimen de economía planificada, Economía en régimen de autarquía, etc.. A partir de ahí tiene sentido preguntarse por los aspectos orgánicos y funcionales acerca de quiénes son los protagonistas del orden económico y los instrumentos que se ponen en juego para ordenar la vida económica.

La reflexión que se propone, en primer lugar, acerca del modelo económico conlleva, como es lógico, la determinación de cuál es el papel de la Administración y del Derecho administrativo en relación con la vida económica. No es el mismo el papel en una economía planificada sin libertad de empresa, o en una economía fuertemente intervenida, que en una economía de mercado. Pero incluso en ésta última el papel de la Administración no es el mismo en un Estado inspirado en los viejos principios del XIX del "*laissez faire, laissez passer*" que no asignaban al Estado apenas otras misiones que las de vigilante del orden público y la seguridad, así como la impartición de la justicia, que el papel de un Estado social y democrático de Derecho que pretende que el Estado sea garante de determinadas prestaciones fundamentales (sanidad, educación, asistencia social, desempleo, inmigración, transporte, servicios de agua, electricidad, telecomunicaciones, etc.).

Como es lógico las funciones de la Administración serán muy distintas en un tipo u otro de Estado. La reflexión debe llevarnos a analizar cuáles son los rasgos fundamentales del orden económico en nuestro país.

Ese orden económico se concreta en lo que algunos llaman la Constitución económica y su dinámica (apartado 1). Se concreta también en las instituciones fundamentales (apartado 2) que catalizan dicho orden económico y que hacen referencia tanto a los aspectos subjetivos de ese orden (órganos del Estado y de los poderes públicos de una parte (apartado 3) y, de otra, ciudadanos y empresas), así como los instrumentos fundamentales de articulación del orden económico.

§ 2. Antes de cualquier reflexión sobre el papel de la Administración y del Derecho administrativo en la vida económica es preciso determinar cuál es el orden económico básico en el que nos movemos. Algunos han hablado a esos efectos de “Constitución económica” buscando un paralelismo con el papel que la Constitución tienen en el orden total de una Comunidad constituida en Estado. En efecto la lectura de la Constitución propiamente dicha (la nuestra de 1978) nos dice de una vez cual es el orden político en que nos movemos y dentro de él cuáles son las líneas esenciales del orden económico. Cuáles son nuestros derechos, quién tiene el poder y los límites de su ejercicio y nuestra participación en el ejercicio del poder aunque sea eligiendo a nuestros representantes.

En ocasiones con el término de Constitución económica se quiere aludir a los preceptos y capítulos de la Constitución propiamente dicha que se refieren al orden económico. En otras ocasiones se quiere ir algo más lejos para indicar el conjunto de reglas connaturales al orden económico que, estén o no escritas en la Constitución o en las leyes, rigen la vida de éste. En ésta segunda acepción se va algo más lejos o a veces muchos más lejos. Sólo se va algo más lejos cuando se pretenden concretar un poco más previsiones que están en la Constitución pero de una manera imprecisa (por ejemplo, qué quiere decir el marco de una economía de mercado en el que se mueve la libertad de empresa del artículo 38 de la CE) sin salirse de dicho marco constitucional. Se quiere ir algo mucho más lejos cuando se pretende afirmar que las reglas “naturales” del orden económico están por encima de las reglas de la Constitución que podría ser juzgada por su conformidad o no con aquellas reglas “naturales”.

En todo caso la expresión ha hecho fortuna, por más que deba advertirse que si se emplea en el sentido de aludir a los preceptos constitucionales que guardan mayor relación con el orden económico, entonces la expresión es correcta; incluso aunque tales previsiones constitucionales se

quieran interpretar echando mano, aunque con limitaciones, de conceptos económicos.

Por el contrario, si se emplea con la idea contraponer a la Constitución propiamente dicha una imprecisa Constitución económica –oculta en la naturaleza de las cosas– entonces se siembra la confusión. En ocasiones deliberadamente se buscaría con esta segunda perspectiva enfatizar la idea de un orden económico enraizado en la naturaleza de las cosas que estaría por encima del orden político mismo o al margen del mismo y de las previsiones económicas que integra ese Orden político. Si se emplea en este último sentido la expresión no es neutra, sino que implica poner por encima del pacto fundamental en qué consiste toda Constitución una supuesta “naturaleza de las cosas” –una especie de derecho natural– que, por otra parte, no existe en la naturaleza, sino que responde a una determinada ideología¹. En esta lección al hablar de la Constitución económica nos referimos siempre al primer sentido; es decir el conjunto de preceptos constitucionales (de nuestra Constitución española de 1978 o, en su caso, de lo que podríamos llamar la Constitución europea) que determinan el orden económico fundamental en el que todos nos movemos y también se mueven los poderes públicos.

En primer término abordaremos la Constitución económica de nuestro país pero no podemos dejar de hacer una referencia a lo que también podríamos llamar la Constitución económica europea, pues desde la integración de España en la Unión Europea en 1986 ya no basta con centrarnos sólo en la Constitución española y su modelo económico, sino que es preciso tener muy en cuenta las consecuencias de todo tipo que se derivan de esa integración y cuál es el orden económico de la Unión.

¹ En esa línea pueden verse las reflexiones de F. A. Hayeck en “Derecho, legislación y libertad” vol. 1 “Normas y orden”, Unión Editorial, S.A 1978 en donde defiende la tesis de la amenaza para la libertad que supone en las sociedades modernas la sustitución de lo que define como el orden espontáneo por un orden impuesto artificialmente desde el poder (pp. 179 y ss). Hayeck aparece así entre los primeros pensadores de los que se reclama el pensamiento conservador republicano en los EEUU.

§ 3. En realidad, como es lógico, Constitución no hay más que una: la Constitución de 1978. Pero es lícito preguntar por la Constitución económica en la medida en que se trata de indagar cuál es el modelo económico que se recoge en dicha Constitución. No se trata por tanto de otra Constitución distinta de la que conocemos, sino de la misma, pero de la que hay que extraer de sus distintos preceptos, de aquí y de allá, las previsiones relevantes con contenido económico que nos sirvan para hacernos una idea acerca de cuál es el modelo económico que propugna nuestra norma suprema.

La tarea no está exenta de dificultades, siendo la primera de ellas la de que nuestra Constitución es una Constitución abierta al pluralismo político lo que significa, en definitiva, que es una Constitución con la que pueden gobernar conservadores, progresistas, liberales, etc.². Ello no significa, sin embargo, que la Constitución admita cualquier tipo de política, pues en todo caso deberá ser compatible con la misma. Significa que, por amplias que sean las políticas que quepan dentro de la Constitución, algunas pueden no caber; y las si algunas no cupieran sólo podrían hacerse acometiendo la reforma de la Constitución para adaptarla a las nuevas exigencias y demandas de las nuevas mayorías.

Esa apertura a las distintas políticas económicas que caben dentro de la Constitución exige que la misma haya dado acogida en su seno a principios, derechos y preceptos procedentes de distinto origen: desde la derecha hasta la izquierda que participaron en el consenso que hizo posible la Constitución.

Esa apertura de la Constitución al pluralismo ha tenido un precio: el de la ambigüedad de muchos de sus preceptos. Esa ambigüedad se debe a la ruptura del predominio de una clase (la dominante) sobre las demás, lo que el profesor italiano Massimo Severo GIANNINI denominó el paso de la sociedad monoclasa a la sociedad pluriclasa, que ha tenido consecuencias en la forma de entender e interpretar las normas³.

² . En la enumeración podrían incluirse otras tendencias políticas, hoy minoritarias, que podrían obtener en el futuro el consenso del pueblo. El principio de esperanza.

³ Esa pérdida del dominio de una clase o de unas clases sobre otras, que es una de las características de las Constituciones históricas de nuestro país y de las de los países de nuestro entorno, se tradujo en la necesidad de incorporar a las nuevas Constituciones principios en los que cada una de las clases podían sentirse representadas. El derecho a una vivienda digna, a la

Ese es el marco en el que cobra sentido la pregunta acerca de cuál es el modelo económico de nuestra Constitución. Es innecesario decir que hablamos de la Constitución de 1978 y que, naturalmente el modelo económico no ha sido el mismo a lo largo de nuestro constitucionalismo desde las constituciones de Bayona y Cádiz que inauguran el ciclo constitucional.

§ 4. En la mayor parte de las Constituciones del XIX la economía está en buena medida ausente de la Constitución, como correspondía a unas convicciones que no pensaban en el Estado como garante de otra cosa que de la seguridad, el orden público y de algunas libertades formales. Era un modelo de Estado abstencionista en su dimensión económica. La parte orgánica de las Constituciones del XIX -la que determina la organización del poder (legislativo, ejecutivo, judicial) y los órganos del mismo o la forma de ejercerlo- es la predominante quedando en un segundo lugar la llamada parte dogmática, en la que se contienen declaraciones de derechos, pero generalmente centrados en lo que se ha llamado "derechos autonomía"; es decir derechos que no garantizan prestación alguna de los Estados, sino la libertad de los ciudadanos frente a las intromisiones de aquel.

En relación a la economía desde la Constitución de Cádiz hasta la Constitución de la Restauración ha existido siempre un capítulo o Título dedicado a la Hacienda, generalmente denominado así o por referencia a las contribuciones ("De la Administración de Hacienda" Título XII de la Constitución de Bayona; "De las Contribuciones" era en cambio la denominación en el Título VII de la Constitución de Cádiz y la misma

seguridad social, al trabajo o a un medio ambiente adecuado corresponde a los intereses de clases sociales que históricamente no se veían reflejados en las Constituciones, a diferencia del derecho de propiedad o a la libertad de empresa. Esa convivencia de distintos principios y derechos es un avance de nuestra Constitución y de todas las Constituciones modernas de nuestro entorno. Pero no puede ignorarse que dichos principios están en tensión entre sí, cuando no en contradicción; y ello se traduce en que su concreción legislativa se va haciendo de acuerdo con las mayorías que se van sucediendo en el tiempo. Las cuales, aunque den prioridad a unos principios sobre otros, no pueden, sin embargo, dejar de considerar el conjunto de los mismos, ni prescindir completamente de ellos so pena de incurrir en inconstitucionalidad. Ello no quita que el principio del pluralismo político signifique la posibilidad de dar orientaciones distintas a la acción política enfatizando más unos principios y valores que otros, sin poder prescindir completamente de todos ellos.

denominación se mantiene en las Constituciones de 1837 -Título XIII-, de 1845 -Título XII-, la no promulgada de 1856 -Título XII- o la de 1876 -Título XI-). En la Constitución de 21 de octubre de 1931 de la II República había también un título sobre la "Hacienda Pública" (Título VIII) pero junto a él en el Título de Derechos y Deberes de los españoles existía un catálogo de derechos y dentro de él un capítulo sobre "familia, economía y cultura" que da un giro a las formulaciones tradicionales sobre estos temas.

La cuestión no se limita a ser una mera anécdota histórica, reflejo de una moda o de unos hábitos sin relevancia teórica, sino que es expresión de una forma distinta de entender el Estado. Hablar de Hacienda o de contribuciones sólo pone de manifiesto una idea sobre el Estado y sus funciones característico del siglo XIX, pero inadecuado para las exigencias a que deben responder los Estados desde comienzos del siglo XX.

Por eso las diferencias de terminología y de contenido en esos títulos de nuestras Constituciones marcan la distancia que media entre un Estado liberal y un Estado social de Derecho con todas las dificultades que pueda haber en la determinación y alcance del contenido de este. Las políticas del New Deal de Roosevelt tras la gran depresión de 1929 y las ideas Keynesianas dan lugar a tras la Segunda Guerra Mundial a un Estado muy distinto en la segunda mitad de dicho siglo y eso tuvo reflejo en las Constituciones que surgen tras la Segunda Guerra Mundial.

De ahí que constituya una auténtica novedad la incorporación a un Título de la Constitución de 1978 de unos artículos dedicados específicamente a "Economía", al margen del Título sobre derechos fundamentales, pues la presencia de unos artículos relativos a Hacienda o, como se decía tradicionalmente, "Contribuciones", era algo normal en nuestro constitucionalismo (salvo el paréntesis de la II República), pero nada se decía en relación con la economía de acuerdo con las creencias del pensamiento liberal que da por supuesto que de economía no es necesario decir nada, pues no es algo que competa al Estado propiamente sino a la sociedad. Otra cosa sería la Hacienda o las Contribuciones.

La única excepción a nuestro modelo tradicional la va a constituir la Constitución de 1931 con una fuerte carga social que se pone ya de relieve en la definición de España como una república de trabajadores y con una parte dogmática que incorpora derechos prestacionales que obligan al Estado frente a los particulares⁴.

§ 5. Son muchos los preceptos de nuestra Constitución que contribuyen a definir nuestro modelo económico. Para empezar están los artículos relativos a los derechos fundamentales entre los cuales pueden, señaladamente, destacarse los relativos a la propiedad y la libertad de empresa en una economía de mercado ([artículos 33](#) y [38](#) de la Constitución). Pero en muchos otros se reconoce, también, la libre iniciativa pública en la actividad económica o la reserva de recursos o servicios esenciales ([art. 128.2](#)), la misión de los poderes públicos de modernizar los sectores económicos ([art. 130.1](#)) o, incluso, la planificación ([artículo 131](#)), por no citar más que algunos, pues la lista podría ser interminable si nos refiriéramos a los principios rectores de la política social y económica del [Capítulo III del Título I de la CE](#). Puede notarse una cierta tensión entre esos preceptos. Tensión que está presente, incluso, cuando se reconoce el derecho de propiedad en el [artículo 33](#), pero se habla inmediatamente de la función social que delimita este derecho; o la posibilidad de privaciones singulares del mismo por razones de utilidad pública. O está presente en el propio artículo 38 cuando la libertad de empresa en el marco de

⁴ En ella sí puede deducirse un modelo distinto del tradicional en las Constituciones anteriores. En todo caso debe señalarse que la realidad se fue imponiendo al modelo de Constitución liberal-abstencionista y en textos Infra-constitucionales fueron apareciendo desde finales del siglo XIX y, sobre todo, desde principios del siglo XX Instituciones que ponían de manifiesto que el Estado de la restauración no podía seguir pretendiendo mantenerse al margen de las consecuencias de una ordenación de la economía que generaba enormes injusticias y determinaba una creciente desafección del pueblo hacia el sistema. El Instituto de reformas sociales o las leyes de subsistencias de esa época, entre otras, dan cuenta de cómo bajo Constituciones de signo abstencionistas fue inevitable que los poderes públicos se fueran comprometiendo más con la búsqueda de soluciones para los problemas sociales y económicos y adoptando medidas que suponían romper con el papel abstencionista que lucía en las Constituciones. En el reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 1924, que permitía la municipalización de servicios, resultaba evidente la inevitable deriva hacia un Estado algo intervencionista, aunque en sus textos fundamentales no se recogieran las necesarias previsiones, salvo como se ha dicho la Constitución de 1931.

una economía de mercado se vincula inmediatamente con las exigencias de la economía general e, incluso, de la planificación.

La lectura de los preceptos relativos a las libertades en general y, más concretamente, a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado no dejan dudas acerca del importante papel que la iniciativa privada juega en el modelo español. Sin embargo, ello no implica, ni mucho menos, que el modelo actual sea comparable a los modelos de nuestro constitucionalismo histórico. Cuando se habla del derecho de propiedad inmediatamente se recuerda que su delimitación se hace por relación a la función social de la propiedad ([art. 33 CE](#)) y cuando se habla de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado inmediatamente se declara que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, «de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación» ([art. 38 CE](#)). Es decir, que cada derecho lleva el recordatorio de los poderes del Estado en relación con las exigencias del interés general. En todo caso el [artículo 9.2](#) de la CE resulta capital pues configura una obligación para los poderes públicos de asegurar que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, así como la de promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden tal efectividad. En nuestro sistema constitucional la promoción de esas condiciones y la remoción de los obstáculos no es una tarea que corresponda a la sociedad sino a los poderes públicos, lo que sitúa nuestro modelo en una posición completamente diferente del tradicional en nuestras constituciones históricas.

Para que no quede duda la CE dedica todo un Título –el [Título VII](#)– a la «Economía y hacienda» en el que pone en manos de los poderes públicos –al servicio de esas obligaciones del [artículo 9.2 CE](#)– instrumentos formidables para intervenir en la vida económica, como es el caso de la planificación.

El modelo económico que resulta del juego de todos esos artículos impide pronunciamientos rotundos sobre el mismo y no siempre la doctrina se pone de acuerdo sobre ello. Desde luego el modelo no responde ni al de planificación económica, ni al del liberalismo decimonónico del “laissez faire, laissez passer”. No cabe duda de que la libertad de empresa y la libertad

económica tienen un peso decisivo en nuestro modelo, pero no pueden olvidarse ni las obligaciones del artículo 9.2 que pesan sobre los poderes públicos, ni las previsiones del [Título VII](#) de la Constitución en el que ésta parece dar a entender que no renuncia a la idea de una economía dirigida de mercado en la terminología de GARCÍA PELAYO⁵, quien proponía, para entender los modelos económico-constitucionales, dentro del sistema capitalista, un modelo de economía libre de mercado, de economía social de mercado y finalmente un modelo de economía dirigida, en el que creía que puede ser incluido el modelo económico de nuestra Constitución.

En realidad las interpretaciones a este respecto pueden ser muy diversas, pero para dar cuenta del modelo económico de nuestra Constitución habría que hablar de un modelo de libertad de empresa y de economía de mercado que no impide que los poderes públicos, cuando esté justificado por razones de interés general, ejerzan sus potestades para corregir las insuficiencias, desviaciones y excesos reales o potenciales de la pura libertad económica, utilizando diversas formulas (acción pública directa, estímulos, subvenciones, política fiscal, planes, etc.) que más abajo se examinarán. En esa justificación de la intervención por razones de interés general hay que tener muy en cuenta que en España, como en los países europeos de postguerra, el Estado no es un simple espectador que sólo asegura el orden público. En absoluto, el Estado se ha construido como un Estado “providencia” que asegura a los ciudadanos servicios y prestaciones propias de un Estado de bienestar: educación gratuita, seguridad social, asistencia sanitaria universal, etc.

(...)⁶.

⁵ García Pelayo, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en Obras Completas t.II. CEC. 1991, p. 2865.

⁶ Además de esa garantía los Estados también aseguraban la defensa del consumidor, la protección del medio ambiente, la provisión de infraestructuras u obras públicas. Finalmente también aseguraban el funcionamiento mismo de la economía a través de dos funciones distintas: una corrigiendo con sus políticas las consecuencias negativas de los ciclos económicos. Otra asegurando que el mercado funcione como un auténtico mercado lo que supone establecer normas de defensa de la competencia que en nombre del mercado corrijan, y en su caso sancionen, conductas reprochables en las que el mercado, entregado a sí mismo, inevitablemente incurre (abusos de posición dominantes, prácticas colusorias, etc.).

Ello no quita que nuestra economía parta del reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, pero desde ese reconocimiento, los poderes públicos desarrollan políticas que o bien apoyan y ayudan esa economía de mercado y se basan en ella o bien desarrollan, ellos mismos, actividades económicas o de relevancia económica indispensables para que los poderes públicos puedan cumplir con las misiones que les corresponden en un Estado de bienestar.

(...)⁷

En los momentos actuales de gravísima crisis económica mundial los Estados ponen en marcha políticas que tratan de paliar los efectos de la crisis ya sea mediante programas de ayudas a las instituciones de créditos en dificultades, ya sea facilitando el acceso al crédito, poniendo en marcha los estabilizadores automáticos (ayudas al desempleo, programas de formación y reciclaje, etc.) o exigiendo transparencia a las instituciones de crédito y haciendo públicas las pruebas de *stress* a que se somete la banca.

Pero sin esperar a que sobrevenga una crisis, los Estados tienen que prevenirla. Así, hoy todos saben cómo la burbuja inmobiliaria ha estado en el origen de la crisis y cómo en el futuro habrá que prevenir esas burbujas con sistemas que eviten la alegre concesión de créditos por encima del valor real de lo hipotecado o solicitando crédito en el exterior sin límites.

La presencia del Estado en la actividad económica es muy importante, no ya como titular de una parte muy considerable del PIB que se gestiona a través de mecanismos públicos, sino como titular de potestades que inciden sobre la actividad económica de particulares y empresas.

⁷ En todo caso los poderes públicos tienen un gran margen de discrecionalidad para actuar de una forma u otra, pero tal discrecionalidad no es arbitrariedad. Podríamos decir que la libre iniciativa de los particulares es la regla y que la intervención de los poderes públicos precisa de un motivo que la legitime. Sin embargo tales motivos son muchos: la defensa de los consumidores, la seguridad del abastecimiento de productos indispensables, las necesidades estratégicas, la protección del medio ambiente, etc.. En principio los poderes públicos tratarían de que la iniciativa privada cubra por sí misma las necesidades sociales, pero si considera que no las asegura, los poderes públicos no tratan de sustituir, en principio, dicha iniciativa sino de promoverla, defenderla, encauzarla y dirigirla, aunque puede haber otras razones distintas a la falta de iniciativa privada para la intervención pública.

En todo caso el poder público en el momento actual trata de intervenir en la vida económica sin prescindir de los impulsos de la libre empresa y de la economía de mercado, sino más bien dirigiéndolos y, en algún sentido, instrumentalizándolos. Solo de forma excepcional asume la gestión directa de responsabilidades en la vida económica para lo que le habilita el artículo 128.2 de la CE.

Son muchas las formas de intervención de los poderes públicos en la vida económica. Desde luego la intervención de los poderes públicos no precisa siempre la asunción directa de la gestión de actividades de contenido económico con técnicas de servicio público (entendido como asunción en exclusiva de las mismas), sino que cada vez más, desde los años noventa, los poderes públicos, a través de los procesos de privatización y liberalización, entregan a la libre iniciativa privada el desarrollo de actividades en condiciones de libertad de empresa y económica, pero sometiéndolas a procesos más o menos intensos de regulación. Aparece, así, la figura del Estado regulador, que se aparta de la prestación material de bienes y servicios y deja a la iniciativa privada su provisión en régimen de competencia, pero vigila todo el proceso e impone condiciones e incluso obligaciones de servicio público o de servicio universal.

La libertad de empresa en una economía de mercado resulta así conciliable con las apelaciones que en el [Título VII](#) de nuestra Constitución –o en capítulos similares de las distintas Constituciones europeas– se hacen a la planificación o a la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, sin duda, para cumplir con las obligaciones que el [artículo 9.2 de la CE](#) impone a los poderes públicos para garantizar la efectividad de la libertad y de la igualdad.

Tradicionalmente hemos entendido que, al servicio de esas obligaciones impuesta a los poderes públicos, se dotaba a éstos en el artículo 128 del texto constitucional de los instrumentos adecuados para conseguir –ya sea a través de la participación en la actividad económica, ya sea a través de la reserva de recursos o servicios esenciales para la comunidad– el aseguramiento de la satisfacción de determinadas necesidades y bienes de carácter básico o fundamental. Pero las obligaciones que los poderes públicos tienen ex [artículo 9.2 de la CE](#) no tienen por qué asegurarse sólo echando mano de los instrumentos tradicionales del servicio público en monopolio o mediante la planificación.

Hoy en día las preferencias están por dar el mayor espacio posible a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, pero con ello los Estados no ceden terreno en lo que es su misión fundamental de garantizar el aseguramiento y provisión de determinados bienes y servicios. Ocurre que para cumplir tal papel no es necesario que el Estado sea siempre gestor y empresario en el campo económico y mucho menos planificador general de la economía.

(...)⁸

⁸ La importancia del pluralismo como valor superior de nuestra Constitución (art. 1º) hace que el empleo de los distintos, y a veces contradictorios, instrumentos que se ponen al servicio de los poderes públicos (Título VII de la misma) para el cumplimiento de los mandatos del artículo 9.2 de la CE dependa de la distinta orientación política de quienes ocupen el poder en cada momento, tanto en el nivel central como en el autonómico e incluso local, pero en todo caso hay un modelo básico que admite modulaciones y combinaciones diferentes sobre unos elementos básicos que hay que respetar. El modelo económico de nuestra Constitución está basado por una parte en la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y por otra en un Estado que tiene reconocidas potestades y funciones tanto de intervención directa en la economía ex artículo 128.2 - como un agente económico más (primer inciso) o mediante reservas de recursos o servicios esenciales - como de intervenciones de reguladoras o de supervisión para asegurar que el mercado funcione como tal y para que el mismo provea la

Hoy día la caracterización más común del papel público en la economía es la propia de un Estado regulador que coincide con el máximo papel de la libertad de empresa –con los procesos de liberalización económica y de privatización– pero que atribuye a los poderes públicos la misión de asegurar que las condiciones de competencia entre empresas sean reales y efectivas, sin mengua de la defensa de valores y bienes como la seguridad, medioambiente, consumidores y usuarios, salud, etc.

En todo caso ese modelo de nuestra Constitución sus concreciones actuales no puede ya prescindir, sin embargo, desde nuestra integración en Europa ni de los Tratados ni del Derecho derivado que se integra en nuestro propio Derecho y que es preciso examinar de forma conjunta. No solo no puede prescindir sino que ha sido influido por ellos.

§ 6. Desde la adhesión de España a la UE en 1986 el sistema jurídico español ha sufrido una gran transformación puesto que ya no basta con tomar en cuenta nuestras normas internas⁹, sino que inevitablemente debemos contar con el Derecho de la Unión que integra nuestro propio ordenamiento. No sólo el Derecho originario (los Tratados con sus sucesivas modificaciones) sino también el Derecho derivado –reglamentos, directivas, decisiones, etc.– forma parte ya hoy de nuestro propio Derecho.

satisfacción de la necesidad de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; para asegurar la solución en momentos de crisis una vez producidas y para evitar que tales situaciones lleguen a producirse o para aminorar sus efectos, etc.; para asegurar también una equitativa redistribución de las rentas a través de las más diversas políticas, entre ellas las fiscales y para asegurar los derechos y principios del capítulo III del Título I de nuestra Constitución. Para asegurar, en fin, otros valores como la seguridad, el medio ambiente, la protección de los consumidores, etc..

Con esta descripción se ha dicho mucho y se ha dicho poco, puesto que está en equilibrio entre la libertad de empresa en una economía de mercado de la que no puede prescindirse, en todo caso, y las intervenciones de mayor o menos intensidad, que de distintas formas pueda hacer el Estado. Ese equilibrio puede dar lugar, según la dosis de intervención pública, a distintos resultados.

⁹ La expresión norma interna, frecuente en la literatura jurídica, es algo equívoca pues puede dar la sensación de que hay otras normas externas, siendo así que el Derecho de la Unión forma parte integrante de nuestro propio Derecho, sin perjuicio de las singularidades que se derivan de cada tipo de normas (Directivas, reglamentos, decisiones, etc.)

En el plano de las previsiones de la propia Constitución pudiera parecer que las cosas son algo diferentes dado que cada Estado es soberano en este punto. Sin embargo las Constituciones no son compartimentos estancos con respecto a las competencias que ha asumido la UE. En el caso español el [artículo 93 CE](#) previó, de forma expresa, la posible atribución a organizaciones internacionales de competencias derivadas de la Constitución, concretada en 1985 con la Ley orgánica que autorizaba la adhesión de España a las Comunidades Europeas y las sucesivas Leyes orgánicas de ratificación de las sucesiva modificaciones de los Tratados. Con ello la Constitución restaba intocada, en principio, puesto que era ella misma la que autorizaba a atribuir competencias a organizaciones o instituciones internacionales.

La cuestión no es sin embargo tan sencilla. Por una parte, en el plano del Derecho originario puede haber aspectos de los Tratados que tengan problemas de ajuste en su interpretación y aplicación con las previsiones constitucionales. Por otra el Derecho derivado pudiera tropezar con los mismos problemas.

En la perspectiva económica en la que ahora nos situamos el problema presenta algunas características singulares puesto que los Tratados de las Comunidades Europeas –especialmente los vigentes en el momento de la adhesión– no podían equipararse en su contenido ni en su funcionalidad con las Constituciones de los Estados miembros. Éstas no se ocupan sólo de los aspectos económicos, sino de aspectos políticos y de la determinación de los derechos y libertades fundamentales y, muy singularmente de los derechos fundamentales prestacionales a que se refiere el [Capítulo III del Título I](#) de nuestra Constitución.

Por el contrario las Comunidades Europeas surgieron con una pretensión mucho más limitada: la de hacer un mercado común. Otros intentos de construir desde el principio una Europa política tras la Segunda Guerra Mundial fracasaron. Sólo se podría hacer algo avanzando poco a poco como preconizaba SCHUMANN. La primera piedra del futuro edificio era un mercado común basado en un desarme arancelario y en las libertades de mercancías, capitales y personas (comprendiendo la libre circulación de trabajadores, de servicios y de establecimiento). En esas condiciones resultaba difícil equiparar una Constitución

de un Estado con los Tratados, puesto que mientras aquella ordenaba, ponderaba y tenía en cuenta todas las perspectivas (Derechos y libertades, organización política, políticas públicas en todos los sectores, etc.) las Comunidades Europeas tenían sólo una visión unidimensional en cuanto centrada en el mercado común, aunque tuvieran una vocación de ir ampliando sus objetivos como, en efecto, los ampliaron.

Ahora bien desde el principio las Comunidades Europeas tuvieron una dimensión casi exclusivamente económica que no atendía a otros problemas que, en cambio, sí tomaban en cuenta las constituciones de los Estados¹⁰.

Sin embargo, lo cierto es que con el paso del tiempo y las modificaciones del los Tratados se ha ido pasando de la Europa de los mercaderes a una Europa más política que recoge entre sus misiones y objetivos algunos que van muchísimo más allá de los previstos en 1957.

Hace falta, pues, tomar en cuenta cuál es el modelo económico europeo para saber cuál es el papel que reserva a las personas y a los Estados. No podemos hablar formalmente de Constitución económica europea, puesto que al actual [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) no se le ha dado finalmente el nombre de Constitución europea tras el fracaso de los *referenda* de Francia y Holanda. Pero en todo caso, en sentido material y no formal, sí que se puede hablar de Constitución económica europea que en su ADN lleva escritas las libertades de circulación de personas, capitales, mercancías, servicios y las reglas de la competencia.

(...)¹¹

¹⁰ La Unión Europea hoy no responde ya a esas características iniciales, ciertamente; aunque en alguna ocasión se percibe que tal vez ese origen explica, en cierta medida, algunos sesgos o preferencias hacia lo económico en detrimento de otras perspectivas, por más que éstas se hayan ido incorporando y perfeccionando desde el Acta Única europea de 1986 hasta el Tratado de Lisboa y así lucen ya en distintos preceptos del Tratado de la Unión (artículos 2 y 3 entre otros), así como del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (los artículos 7 a 14 son especialmente significativos aparte de los demás relativos a las distintas políticas de la Unión) de acuerdo con los cuales la Unión ha de tener en cuenta distintos bienes y valores en sus acciones y políticas.

¹¹ En todo caso hoy en día sí que el contenido del Tratado de la Unión y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desborda el ámbito de lo puramente económico (lo han venido desbordando las Comunidades Europeas desde el Acta Única de 1986) al incorporar funciones, misiones y objetivos que van más allá de lo puramente económico. Esa tendencia a

Ante ello podemos preguntarnos en qué medida las previsiones del [artículo 128.2 CE](#) sobre la reserva de servicios al sector público ha quedado en nada. Si se prefiere: en qué medida se ha producido una mutación constitucional por la vía de la incorporación de España a las Comunidades europeas. Una mutación constitucional¹² que haría ilícito en nuestro país lo que constitucionalmente es lícito al amparo del [artículo 128.2 CE](#) del texto constitucional.

No obstante ese problema pueden resultar hoy día más virtual que otra cosa en la medida en que ya no es con base en razonamientos jurídicos que imponen una determinada opción liberalizadora como la Unión la ha impuesto, sino que el Consejo –donde España está presente– ha apoyado e impulsado posteriormente las políticas liberalizadoras inicialmente emprendidas por la Comisión. Podemos así concluir que, en definitiva, la transferencia de poderes que el artículo 93 de la Constitución prevé para atribuirlos a las instancias

superar las dimensiones puramente económicas culmina con el Tratado de Maastricht y continua en los sucesivos hasta la actualidad. *

Pues bien el modelo económico Europeo se basa en la creación de un mercado interior que implica “*un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales*” estén garantizadas (art. 26.2 del TFUE). Se basa también (arts. 101 y ss. del TFUE) en una política sobre competencia, que en definitiva tratar de conseguir que el mercado funcione como tal mercado, impidiendo las prácticas concertadas entre empresas, los abusos de posición dominante, etc.. Igualmente se basa en una política económica y monetaria (art. 120 del TFUE) que parte de una economía de mercado abierta y de libre competencia y (arts. 127 y ss. del TFUE), en los países del euro, de una moneda única y un sistema europeo de Bancos Centrales entre cuyas funciones con énfasis especial figura la estabilidad de precios.

No cabe duda de que el modelo europeo es el de economía de mercado y de libre competencia. Ese modelo no descarta el papel regulador de los poderes públicos, ni su intervención en la economía como un agente más, ni las excepciones a las reglas de la competencia para conceder derechos exclusivos o especiales cuando las misiones públicas que se quieren asegurar con tales derechos especiales o exclusivos lo justifiquen y no haya otro medio de asegurar dichas misiones de interés económico general (art. 106.2 del TFUE). Incluso, el servicio público en sentido subjetivo (el prestado en monopolio por un poder público o por su cuenta) no queda descartado. Sin embargo, lo cierto es que ello sólo es posible si se demuestra que no hay otra forma de asegurar los objetivos de interés económico general que se invocan para el establecimiento de tales servicios públicos (derechos especiales o exclusivos).

Esa previsión del Derecho de la Unión acerca de las excepciones a las reglas de la competencia del art. 106.2 del TFUE ha estado detrás, con el impulso de la Comisión y el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las políticas de liberalización de los más diversos sectores que antes se desarrollaban en régimen de monopolio (energía, transportes, telecomunicaciones, etc.).

¹² en esos términos se expresa Muñoz Machado, Santiago en su libro "La Unión Europea y las mutaciones de Estado" Alianza Universidad 1994 págs 54 y ss, para analizar algunos fenómenos derivados de la adhesión.

comunitarias ha determinado que éstas hayan optado por una de las posibilidades que nuestra Constitución abre que es el de la liberalización de los servicios.

(...)¹³

Los objetivos de interés general, que explicaban la apelación al Título VII de nuestra Constitución, no desaparecen, sino que la forma de alcanzarlos es diferente. Los poderes públicos siguen comprometidos en la garantía de tales

¹³ No se trataría por tanto de que el sentido de la Constitución haya variado y que haya que entender hoy prohibido lo que estaba amparado en el artículo 128, sino, más bien, que los poderes comunitarios han ejercido las competencias que se derivan de los Tratados y que el artículo 93 de la Constitución autorizaba a atribuir a tales poderes comunitarios. Estos han decidido, pues, cómo ejercen las potestades públicas en relación con la economía y con ello no han hecho sino ejercer las atribuciones que, de acuerdo con nuestra Constitución, estaban habilitados a poner en práctica los órganos centrales del Estado y por atribución amparada por el art. 93 de la CE los órganos de la Unión. En definitiva han liberalizado del mismo modo que los poderes públicos españoles podrían haberlo hecho, pues el artículo 128.2 no les obliga a reservar al sector público recursos o servicios especiales, sino que simplemente podían hacerlo, pero no tienen porque hacer tal reserva.

La cuestión puede verse, sin embargo, desde otra perspectiva diferente. La cuestión ahora consistiría en saber si la opción liberalizadora propiciada por la Comunidad, si la opción por el mercado, es compatible con el artículo 9.2 de nuestra Constitución, o si, por el contrario, debe entenderse que no es posible apostar por el mercado y simultáneamente garantizar la efectividad y realidad de la libertad y la igualdad o el acceso y participación de los ciudadanos a la vida económica, cultural y social.

En esta perspectiva, sin embargo, debe adelantarse que si el modelo de competencia entre particulares, con supresión de deberes públicos de prestación, produce beneficios en precios, en calidad de los productos suministrados o de los servicios prestados o en la diversidad o variedad de prestaciones no podemos sino decir que nada impide que el mercado pueda ser un instrumento perfectamente adecuado y normal para garantizar que los servicios esenciales se presten en mejores condiciones, a la vez que se atienden y garantizan las necesidades de los ciudadanos. Ahora bien, por una parte todas esas garantías y condiciones tienen que cumplirse y, por otra, no puede dejar de señalarse que el Estado no renuncia a las obligaciones que se deducen del artículo 9.2. Ocurre que en este momento se piensa que es más conveniente para los ciudadanos y para el propio desarrollo de la actividad económica dejar que sea la libre competencia la que atienda tales necesidades con la convicción de que no solamente las puede cubrir, sino que, además puede hacerlo en mejores condiciones de calidad y de precio. Ello no significa que si tal cosa no sucediera no pudiera replantearse la citada opción por la liberalización o los términos concretos de la misma.

Pero esa visión del problema - esa creencia en las ventajas del mercado - señala sus propios límites y pone de relieve, sobre todo, la instrumentalización del mercado por los poderes públicos. Estos lo utilizan, lo consagran, en la medida en que piensan que sirven para satisfacer los deberes y necesidades públicas que ellos están obligados a garantizar. No se trata de que renuncien los poderes públicos a garantizar determinados objetivos, sino de que se cree que el mercado puede satisfacerlos; pero entonces la garantía de satisfacción directa por los poderes públicos se transforma bien en vigilancia por estos para que el mercado satisfaga los mismos objetivos o bien en la imposición de deberes a los operadores o competidores para que aseguren objetivos de interés general.

objetivos, pero lo hacen vigilando o imponiendo obligación a los empresarios que actúan en los distintos sectores de la actividad económica.

A tal efecto, los poderes públicos adoptarán, como árbitros de esa competencia, las medidas necesarias para lograrlo. Pero ello significa que si por casualidad el mercado no fuese capaz de atender las necesidades de las que son garantes los poderes públicos, podrían éstos retomar los instrumentos que, para garantizar sus obligaciones ex [artículo 9](#) de la Constitución, se prevén en el [artículo 128 CE](#). No hay pues ningún obstáculo a que en la perspectiva de las obligaciones del Estado social y democrático de Derecho los poderes públicos propicien un sistema de liberalización en el que se reserva al Estado el papel de garante de que se den auténticas condiciones de mercado en el entendido de que tal papel es suficiente para garantizar que, en efecto, se cumplan las obligaciones del [artículo 9](#) de la Constitución. Y si, por casualidad, no diese tal sistema los frutos adecuados, las obligaciones subsistentes del artículo 9 habilitarían a los poderes públicos para utilizar el instrumental que tenga a su servicio.

1.2. LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN ECONÓMICO.

Dimensiones del
orden económico

§ 7. Si de la reflexión general sobre el modelo económico descendemos a las instituciones y técnicas fundamentales del orden económico es preciso hacer una referencia a la dimensión subjetiva de esas Instituciones, pero también a su dimensión material u objetiva.

En la primera perspectiva deben examinarse las cuestiones competenciales atinentes a la cuestión de quién tiene el poder para tomar decisiones sobre la actividad económica, sobre lo que se volverá con más detalle en el siguiente apartado de la presente lección.

En la segunda perspectiva deben examinarse cuáles son las instituciones en sentido material (economía de mercado, libertad de empresa, razones imperiosas de interés general que justifican la intervención pública, reservas al

sector público de recursos o servicios esenciales, iniciativa pública en la actividad económica, regulación económica, etc.) de nuestro orden económico.

Aspectos subjetivos
del orden económico

§ 8. Sin perjuicio de la cada vez más decisiva influencia de la Unión europea en la definición concreta del orden económico (a tal efecto puede verse por todas la Directiva 123/2006/CE de servicios y las Ley 23/2009 de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio o la Ley 25/2009 de modificación de varias leyes estatales para adaptarlas a la Directiva), en el orden interno y de acuerdo con nuestra Constitución es preciso tomar en cuenta que la descentralización política que propicia la CE obliga a un reparto de competencias que determina que el Estado central retenga las bases de la ordenación general de la economía, tal y como ha sido interpretada la competencia que el artículo 149.1. 13 reserva al Estado. Eso no quita que en sus respectivos estatutos de autonomía las CCAA hayan asumido también competencias de ordenación económica sin perjuicio de las bases que corresponden al Estado. Igualmente debe tenerse en cuenta que al margen de esa competencia transversal y general del Estado de ordenación general de la economía, existen otras competencias sectoriales del Estado, así como de las Comunidades Autónomas, que tienen que ver con la economía.

Así por ejemplo la obras públicas de interés general que son competencia del Estado de acuerdo con el artículo 149.1.24 CE, tienen sin duda una enorme importancia en relación con el desarrollo económico de un país¹⁴, como también lo tienen las competencias estatales en materia de energía (art. 149.1.25) o en materia de Hacienda General y Deuda del Estado (art. 149. 1.14). La competencia transversal del Estado en materia de ordenación de la economía no agota las posibilidades de incidencia en la misma desde esos títulos específicos y otros muchos.

¹⁴ Basta pensar en la incidencia en la salida de la crisis que puede tener la inversión en obras públicas y los efectos negativos que, en ese sentido, puede tener la restricción de inversiones que las necesidades de contención del déficit público exige. La obra pública coadyuva al desarrollo económico por la aportación y mejora de las comunicaciones, energía, etc. que ayudan al desarrollo de un país, pero también porque en momento de crisis contribuyen al mantenimiento de puestos de trabajo y de la demanda interna directa o indirecta a que da lugar.

Al margen de dichas previsiones, y sin que se trate propiamente de una competencia, no puede olvidarse que el artículo 139 de la CE - al prever la igualdad de derechos de derechos y obligaciones en todo el territorio del Estado y al prohibir que cualquier autoridad adopte medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español - está en todo caso marcando un límite muy importante para las competencias autonómicas en cualquiera de sus competencias. Ello no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de determinar la extensión de las competencias autonómicas, como tampoco las previsiones del artículo 149.1.1 de la CE sobre la fijación por el Estado de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Por su parte las competencias de las CCAA sobre muchas materias (comercio interior, ordenación económica en su ámbito territorial, medio ambiente, educación, protección social, etc.) tienen que ver con la actividad económica o tienen incidencia en la misma.

En el ámbito local las Corporaciones locales también toman o pueden tomar decisiones que inciden o tienen que ver con la actividad económica. El planeamiento urbanístico ha sido una aspecto importante, aunque en ocasiones negativo en la perspectiva de la burbuja inmobiliaria, pero también con aspectos positivos e indispensables para el desarrollo económico local al crear ámbitos de desarrollo o asentamiento de actividades de servicios o industriales, con sus políticas de comunicaciones y transportes locales o finalmente, y sin ánimo exhaustivo, asumiendo iniciativas públicas mediante la municipalización de servicios sin monopolios cuando, por ejemplo, la iniciativa privada no ofrece a los ciudadanos servicios que estos necesitan, aparte de otros supuestos en que pueden ejercer la libre iniciativa pública en la actividad económica.

Finalmente está el ámbito, hoy decisivo, de la Unión Europea. Hoy decisivo porque cada vez más sus intervenciones condicionan la de los Estados en aspectos importantes. Todo el impulso a la liberalización de servicios y actividades o toda la política de defensa de la competencia tiene la impronta y el

sello de la Unión; en tensión a veces, debe subrayarse, con las políticas de los Estados que desde puntos de vista, también legítimos, no siempre comparten la profundidad de tales impulsos. En todo caso los Estados, a través de su presencia en el Consejo de Ministros o en los Consejos Europeos, pueden hacer valer sus posiciones y modular las políticas europeas.

(...)¹⁵

Sobre los sujetos o instituciones con competencia en materia económica se volverá en la segunda parte de la presente lección bastando en la presente dejar apuntados estos aspectos institucionales subjetivos.

¹⁵ Así el art. 119 del TFUE define el contenido de la política económica y monetaria. Por su parte el artículo 120 marca los objetivos de sus políticas económicas dirigidas a contribuir a los objetivos de la Unión contenidos en el artículo 3 del TUE cuya diversidad y universalidad de fines expresa bien las transformaciones sufridas por la Unión desde sus comienzos¹⁵. El art. 127 por su parte se refiere a la política monetaria cuyo objetivo principal según tal artículo es la estabilidad de precios.

En todo caso no sólo en los aspectos señalados se definen los aspectos esenciales de la política económica, sino en muchos otros ámbitos sectoriales la Unión marca la política propia. Baste recordar la política agrícola común (art. 38 y ss TFUE) o la política de transportes (art. 90 del TFUE).

Esa importancia de la Unión se concreta en competencias e instituciones y mecanismos encargados de definir e implementar tales políticas. La dimensión institucional subjetiva obliga a tomar en cuenta el reparto de competencias dentro de la Unión y su articulación con los Estados miembros, así como los procedimientos y mecanismos de toma de decisiones.

En definitiva son muchos los niveles del Gobierno - desde la Unión hasta el último ayuntamiento - que de una forma u otra y con distintos papeles contribuyen a la realización de actividades económicas o intervienen en la vida económica. Eso exige examinar las técnicas de participación, coordinación, cooperación y colaboración entre todas las instancias. Se trata de cuestiones que no siempre son fáciles y que dan lugar a conflictos para saber quien es competente en una materia y para articular fórmulas de colaboración entre todos los niveles y fundamentalmente la Unión y los Estados. Pero también entre el Estado y las CCAA.

En lo que hace al reparto de competencias entre los distintos niveles habrá que tomar en consideración los distintos tipos de competencias (Exclusivas, compartidas, concurrentes, materiales, funcionales, propios, por delegación, sustitución o avocación, etc.), así como en su caso los mecanismos de articulación de tales competencias (principio de jerarquía, de competencia, prevalencia, principio de supletoriedad, etc.). En el caso del Estado y los niveles internos el artículo 149 de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 determinan el sistema de reparto. En el caso de la Unión Europea son los artículos 2 a 6 del TFUE los que determinan el reparto de competencias entre instancias de la Unión y de los Estados. Como la experiencia enseña esos repartos parecen fáciles sobre el papel, pero en la práctica son enormemente complejos porque la realidad de las cosas no se deja dividir por palabras y conceptos en compartimentos estancos sino que siempre quedan vínculos entre las materias repartidas que suscitan los problemas a la hora de saber quién es competente en cada cosa.

§ 9. Al margen de los aspectos subjetivos que se acaban de ver, hay aspectos institucionales, en sentido objetivo o material, que deben ser tomados en cuenta en relación con la vida económica. Así economía de mercado, libre iniciativa privada o libertad económica son términos que, más allá de la dimensión subjetiva de algunos (en cuanto se refieren a derechos), tienen una dimensión institucional como ha dicho nuestro TC como luego veremos.

Junto a ellos, y casi de forma inseparable, no puede dejar de mencionarse la intervención pública, las necesidades de interés general, los servicios públicos o la regulación económica que forman parte, también del orden económico, aparte de cuáles son los instrumentos o medios para tales intervenciones.

La concurrencia de esos conceptos o instituciones (sintetizables en la idea de mercado y Estado o intervención pública) determina la construcción del orden económico imprimiéndole su sello característico según la importancia que tenga cada uno de ellos.

Como se ve hay dos polos en las instituciones señaladas: las que tienen que ver con el mercado y las libertades económicas y las que tienen que ver con el Estados o las necesidades o bienes sociales o públicos que el mismo trata de proteger o garantizar. En realidad ambas son inseparables. La crisis económica que padecemos ha puesto de manifiesto el sueño de una economía que marcha por sus fueros. En los momentos de crisis los Estados, solos o concertados a nivel mundial, han tenido que salir al rescate de sus bancos, aseguradoras o establecer políticas de apoyo a sus grandes sectores industriales (apoyo al sector del automóvil) que ponen de manifiesto que libertad económica e intervención pública no dejan de ser caras de una misma moneda.

§ 10. Desde luego el mercado es una institución objetiva o material cualificada por ser el lugar o ámbito, físico o no, caracterizado por la libre concurrencia de la oferta y la demanda, que determina, en condiciones de concurrencia perfecta, la justa formación de los precios y que ofrece señales suficientes a todos acerca de las necesidades de producción de bienes y servicios y las alternativas para satisfacerlas.

Para que el mercado cumpla su función de fijar el precio y orientar a las partes sobre las necesidades del público que deben ser satisfechas y en qué cuantía es preciso que ese mercado asegure la presencia de un número suficiente de demandantes y oferentes de bienes y servicios.

Hablamos del mercado como institución, pero el mercado presupone la libertad de participación en el mismo y, por tanto la libertad, de empresa de todos. En esa línea podíamos preguntarnos si estas libertades que están en la base del mercado podemos considerarlas como “instituciones” del orden económico o más bien se trata de derechos fundamentales tal y como están recogidos en el artículo 38 de la Constitución para la libertad de empresa o en otros artículos relativos a la libertad de elección de profesión u oficio y a la libertad en general.

La perspectiva institucional del mercado es evidente puesto que no es un derecho, sino más bien un mecanismo, un instrumento o incluso un lugar en que concurren oferta y demanda, aunque ciertamente existe a partir del ejercicio simultáneo de los derechos y libertades de muchos.

Parece claro que la perspectiva institucional es la predominante y a ese respecto el TFUE en su [artículo 120](#) reconduce el mercado a la idea de “principio”: *«Los Estados miembros y la Unión actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 119».*

Los derechos no se mencionan sino que son el presupuesto de la existencia del mercado, pero no son el mercado mismo. Se puede tener derecho a la libertad de empresa, pero no a que el mercado cumpla las funciones mencionadas de fijar el precio o dar señales sobre lo que la gente quiere comprar o vender. Esa es una dimensión que desborda los derechos subjetivos mismos.

Eso explica que nuestro Tribunal Constitucional haya subrayado repetidamente la dimensión de garantía institucional de la libertad de empresa¹⁶, ella sí ubicada dentro del Título de los derechos que, sin embargo, está sujeta a las exigencias de la economía general –y en su caso de la planificación– y en todo caso en el marco de la economía de mercado. Es por tanto un derecho sujeto a límites

¹⁶ Por todas STC 195/1996 de 28 de noviembre. Fj 11.

desde su nacimiento, porque el mercado mismo está condicionando la libertad. El mercado exige concurrencia y competencia y la libertad puede tropezar con las exigencias del mercado. No otra cosa sucede cuando en el ejercicio de su libertad un empresario hace cosas que no se entienden conformes con las exigencias del mercado que implica así una restricción a la libertad.

(...)¹⁷

El mercado impone sus exigencias a la libertad de empresa. De ahí que pueda verse el mercado y las libertades que están en su base como una institución en la que no cabe poner por encima las libertades, puesto que la libre y leal competencia tiene sus exigencias respecto al ejercicio de la libertad de empresa.

Sea como fuere lo relevante es subrayar cómo la institución central de la economía la constituye el mercado que se funda en las libertades pero también la existencia de competencia. De ahí las medidas para lograrla –el derecho de la competencia básicamente– que no restringen, desde fuera, el ámbito normal de una libertades sino que contribuyen a delimitarlo.

La regulación de las ayudas de Estado es otro de los capítulos que trata de evitar que se produzcan alteraciones de la competencia y del mercado.

11. Desde el punto de vista de los poderes públicos hay muchos títulos para intervenir en la vida económica. Los hay en nuestra Constitución y los hay en el Derecho de la Unión. Esa intervención no puede ser vista como algo odioso, como una restricción de derechos y libertades fundamentales cuando son intervenciones proporcionadas. Las razones del Estado interventor en la vida económica son tan nobles como las que pueda exhibir el propio derecho a la libertad de empresa; tan

¹⁷ Cuando la empresa Microsoft, con posición de dominio en el mercado de los sistema operativos (Windows en sus distintas versiones) que nadie cuestionaba en cuanto a su legitimidad, ejerció su libertad para vender a los compradores de sus sistema operativo, conjuntamente con él, su navegador (Internet Explorer), podía pensarse que estaba en el campo de la libertad empresarial y sin embargo en distintas partes del mundo se consideró que la imposición de su navegador suponía la expulsión de otro distinto de otra empresa (Netscape) que hasta ese momento había sido dominante en el mercado de los navegadores y que, por tanto, ello podía implicar un abuso de posición de dominio, pues imponía al público - desde su posición en los sistemas operativos - la compra de otra cosa - un navegador - y por tanto perjudicaba a las empresas concurrentes. A tal efecto en EEUU - también en la Unión europea - se inició una acción contra dicha empresa y contra esa práctica.

nobles en el sentido de que la superioridad moral y axiológica de los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas frente al Estado, no deja de estar presente, también, en buena parte de las razones por las que el Estado interviene en la vida económica: justamente para hacer que esos derechos y libertades de las personas en general sean reales y efectivos. La misión del Estado al intervenir en la vida económica sigue siendo la procura de los derechos fundamentales y las libertades públicas en muy buena medida; derechos fundamentales y libertades públicas que están en la base de la configuración del Estado español como Estado social y democrático de Derecho.

(...)¹⁸

Son muchos los tipos de intervención de los poderes públicos y los objetivos que buscan. En unos casos pueden tratar no de sustituir o complementar al mercado, sino de lograr que el mercado funcione (a) y a veces (b) de corregir insuficiencias. En otros se producen de forma autónoma respecto del mercado bien porque se considera que éste no cumple bien su papel o porque se considera que hay actividades que no pueden dejarse sólo al mercado; en todo caso en ocasiones lo hace respetando las reglas del mercado (c), pero en otras lo hace rompiendo el mercado o sustrayendo actividades al mercado (d).

En todo caso la vida económica precisa de esa presencia de los poderes públicos. Es sintomático de esa necesidad de intervención las previsiones del [artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión](#) cuando une el mercado interior con determinados objetivos que supone acciones de los Estados: «3. *La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno*

¹⁸ Por otra parte esa intervención es algo necesario. De ello es una muestra muy expresiva lo que ocurre en supuestos de crisis como los actuales en que los poderes públicos tienen que intervenir en la vida económica. Pero sin esperar a tener que apagar los incendios, el Estado puede intervenir con carácter preventivo adoptando medidas que pueden tener efectos económicos ya sea imponiendo tasas a la Banca como propone ahora Alemania, ya sea adoptando otro tipo de medidas como las que tienen que ver con limitar los endeudamientos de entidades de crédito a unos porcentajes que guardan relación con su capital y recursos propios. Todo ello son intervenciones públicas en la vida económica que no se discuten mucho en grandes momentos de apuro y crisis y que tampoco debían ponerse en cuestión - salvo valorando su bondad - en momentos anteriores o posteriores a la crisis.

empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico».

Los objetivos de pleno empleo, progreso social, protección del medio ambiente se integran en el modelo de mercado interior y eso hace que algún efecto tengan en la intervención pública necesaria para tener en cuenta esas preocupaciones que la dinámica del mercado por sí misma no puede atender.

En la misma línea se mueven las previsiones de los [artículos 7 a 14 del TFUE](#) y especialmente éste último: *«Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido».*

a) Intervenciones pro mercado. Si atendemos a las intervenciones dirigidas a hacer que el mercado funcione las mismas podría caracterizarse convencionalmente bajo la denominación de regulación económica. Tal regulación se dirige en ocasiones a establecer las reglas de funcionamiento del mercado de que se trate: así para el mercado de valores hay unas reglas para los compradores; esas reglas se impone desde la Ley, pero también desde poderes administrativos de regulación. En otras ocasiones la regulación se dirige a apoderar a órganos administrativos con la potestad de completar la regulación básica con circulares o instrucciones. También se dirige a encomendar la vigilancia del cumplimiento de esas reglas a instituciones –administraciones– que vigilen esos mercados (el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia, etc.). Todo ello da lugar a actuaciones administrativas de segundo nivel que vigilan, dirigen, etc. la actividad de los distintos mercados. Hay pues intervenciones públicas dirigidas, eso sí, a que el mercado funcione y no a sustituirlo.

b) Intervenciones para corregir insuficiencias del mercado. En muchos sectores de la actividad económica, especialmente en sectores que han sido objeto de liberalización (transportes, sector postal, telecomunicaciones, energía eléctrica, etc.) la propia regulación no sólo trata de conseguir que el mercado funcione como un auténtico mercado, sino que impone obligaciones de servicio público a las empresas que actúan en cada uno de dichos sectores. Es el caso del servicio universal en el ámbito postal o de las telecomunicaciones, o el bono social en el ámbito del suministro de energía, etc.. La regulación impone obligaciones ante la imposibilidad de que el mercado pueda satisfacer determinadas demandas si queda entregado a su propia lógica que es una lógica de legítimo ánimo de lucro. Esas intervenciones tienen un momento normativo y un momento ejecutivo encargado, éste último, a la Administración pública

c) Intervenciones autónomas de los poderes públicos no dirigidas a hacer funcionar el mercado pero que se mueven dentro del mercado. Por otro lado, los poderes públicos pueden desarrollar acciones con incidencia en la vida económica al amparo del artículo 128.2 CE que reconoce la libre iniciativa pública en la vida económica. Puede así constituir sociedades mercantiles en mano pública que desarrollen actividades económicas por ejemplo al amparo de esa libertad de iniciativa que les reconoce la CE. Libre iniciativa que podía pensarse que es ilimitada sin las restricciones que en algún momento han existido en el sentido de que sólo en supuestos de insuficiencia de la iniciativa privada podían intervenir los poderes públicos. Esa formulación constitucional no puede obviar la pregunta acerca de si cualquier intervención Estado es lícita, aunque no exista ningún interés público que la justifique. Ello no puede ser así puesto que el artículo 103 de la CE condiciona la actividad de la Administración al servicio de los intereses generales por lo que algún interés público tiene que haber. (...)¹⁹

¹⁹ Así pues, en una primera aproximación, se comprende de inmediato que el reconocimiento de la libre iniciativa no puede significar, en el ámbito de los poderes públicos y de sus Administraciones, lo mismo que la capacidad en el ámbito de los particulares, pues esa iniciativa pública sigue limitada por el servicio al interés general. En definitiva, en todo caso se hace preciso encontrar una justificación a la decisión de intervenir en la vida económica; pero ahora no se trataría de una justificación fundada en la inexistencia de iniciativa privada sino de una justificación que puede basarse en la satisfacción de cualquier otro interés general.

d) Intervenciones que ponen en cuestión el mercado. Puede haber ocasiones en que los poderes públicos consideren que, bien porque no hay condiciones de competencia en un sector o bien porque determinadas exigencias – urbanísticas, medioambientales, etc.– lo exigen, tienen que asumir una actividad como propia y, además, excluir a cualquier otro de su desempeño. El servicio público en sentido subjetivo (es decir el que asume como propio y de forma exclusiva el poder público) supone la exclusión del mercado y de la competencia, puesto que sólo el poder público puede desarrollar la actividad. Ese modelo ha estado vigente durante muchas décadas en nuestro país y en muchos países de nuestro entorno. (...) ²⁰

Por otra parte la iniciativa pública en la actividad económica no puede producirse de cualquier forma pues el primer inciso del artículo 128.2 de la CE no implica la sustracción de la actividad misma a los particulares que podrán seguir desarrollando la actividad que no queda reservada para los poderes públicos a diferencia de lo que ocurre en el segundo inciso. Por tanto el comportamiento de los poderes públicos debe ajustarse a los principios de la libre competencia debiendo eludir aquellos comportamientos que impliquen prácticas prohibidas para un comerciante privado. Esta es, como veremos más adelante, la posición de la Comunidad económica Europea respecto de la actuación de los poderes públicos en la vida económica que exige el respeto al principio del comportamiento de los poderes públicos como un comerciante privado. Por tanto cuando un poder público interviene en la actividad económica en competencia con los particulares no puede hacerlo enchufando la empresa que constituya a los presupuestos públicos de forma que sus precios sean indiferentes a sus costes, pues en tal caso no competiría con los particulares en igualdad de condiciones, pues estos tratarán siempre de obtener legítimos beneficios (que se supone que es la leal competencia la que puede limitar) en tanto que el poder público no tiene en cuenta los costes para fijar los precios.

El respeto al principio de un comerciante privado rige pues esta libre iniciativa de los poderes públicos en la vida económica.

²⁰ La técnica del servicio público permitía dar una solución relativamente equilibrada, al menos en el plano teórico, al problema de la igualdad en el acceso, cualquiera que fuera la zona del territorio en que se encontrase el ciudadano, así como a la igualdad de tarifas entre categorías de usuarios, con independencia también del lugar en que se hallase. Pero además la técnica de servicio público fue una alternativa al fracaso de algunas experiencias de liberalización del XIX. La figura de la quiebra de las compañías de ferrocarriles que todavía luce en el Código de Comercio es la cicatriz que queda de una realidad que no empezó siendo el servicio público frente a lo que, a veces se cree. Lo mismo pasa en el campo de la telefonía, donde la libertad de instalación fue lo primero y sólo después vino el servicio público ante su fracaso por distintas razones.

El modelo de servicio público presentaba algunas ventajas como la de que permitía, además, tratar los transportes por ferrocarril o las telecomunicaciones como una unidad, cualquiera que fuesen los servicios que proporcionasen e incluso sin introducir diferenciación entre servicios e infraestructuras. Todo constituía una sola cosa, y los ingresos que producía esa unidad, fuese cual fuese su origen concreto, servían para atender las necesidades del conjunto. Era indiferente que la infraestructura en una determinada localidad fuese más costosa por sus circunstancias geográficas o geológicas; ese coste se sufragaba con las tarifas que, iguales para igual tipo de usuarios, se pagaban por todos estuviesen donde estuviesen. Esa unidad de concepción en el tratamiento de las prestaciones ofrecidas por los servicios públicos permitía

El servicio público y sus técnicas, no tanto sus razones, se ha puesto en cuestión desde los años ochenta del pasado siglo a impulsos de la Unión europea y especialmente de la Comisión. Hasta ese momento el monopolio que implicaban los servicios públicos en sentido subjetivo había podido explicarse al amparo del [artículo 106.2 del TFUE](#) que permitía no observar las reglas de la competencia – y el monopolio de la actividad es la negación misma de la competencia – cuando estuviera justificado para cumplir una misión pública. Así pues se pensaba los monopolios –o los derechos especiales o exclusivos que ostentaban algunas empresas- era la única forma de asegurar las misiones públicas que se les confiaban en actividades de interés económico general.

Bajo este último término se quería indicar que había actividades que eran indispensables o necesarias para los ciudadanos; y ello podía explicar que su régimen jurídico tuviera algunas especialidades respecto del resto de actividades entregadas, sin más, a la dinámica del mercado. La especialidad básica consistía, precisamente, en que su regulación podía hacerse prescindiendo de las reglas del Tratado y en especial de las de la competencia. Pues, justamente, si el [artículo 106.2](#) empezaba postulando el sometimiento de los servicios de interés económico general a las reglas del Tratado y de la competencia, acto seguido permitía un régimen especial si la aplicación de tales reglas generales del Tratado suponían poner en cuestión la misión pública confiada.

Esa misión no era otra, en los tradicionales servicios públicos – materialmente reconducibles a los servicios de interés económico general-, que

también hacer políticas tarifarias que iban más allá de cubrir los costos de cada prestación concreta recibida por cada usuario, atendidos los gastos por él producidos más la parte proporcional de la inversión y de los gastos generales. Permitían, en definitiva, políticas tarifarias redistributivas mediante las cuales un determinado tipo de usuario – los de primera clase en el ferrocarril o las llamadas internacionales de las empresas en el teléfono- pagasen mayores costos de los realmente generados por ellas; y todo ello para permitir que otros usuarios -los particulares con menos recursos- pudiesen pagar menos, de cara a favorecer la utilización de los modernos medios de transporte o telecomunicación por los ciudadanos, sin que nadie tuviese que prescindir de su uso por razón del elevado coste de sus tarifas. Tal redistribución se operaba también, como ya se ha indicado, no pagando unos usuarios tarifas más altas, sino pagando el mismo tipo de usuario las mismas tarifas a pesar de que los costes reales de acceso y operación de cada concreto servicio fuesen más bajos unos que otros.

la de asegurar el acceso de todos a sus prestaciones. En definitiva el principio de igualdad que constituye una de los conceptos básicos del servicio público.

La Comisión había sido, por eso mismo, muy flexible al respetar los monopolios existentes en esos servicios. Monopolios que asumían la forma, en los países de tradición continental o inspiración francesa, de servicios públicos en sentido subjetivo, esto es, asumidos por los poderes públicos para su gestión directa o indirecta.

Ocurre sin embargo que desde comienzo de los años ochenta del pasado siglo la Comisión justifica su cambio de postura en relación con la aplicación que se había hecho hasta entonces del artículo 106.2 configurando los monopolios y los derechos especiales y exclusivos no como un régimen normal, sino excepcional por razón de la misión pública confiada. A partir de ahí como toda excepción se decía que debía ser objeto de interpretación restringida, es decir, el servicio público en sentido subjetivo solo podía explicarse cuando no existiese otra forma mejor de asegurar la misión pública confiada. Esa idea de que no hubiera otra forma mejor implica introducir el principio de proporcionalidad en la valoración de si existe justificación para la medida y con él se propiciaba la apertura de los antiguos monopolios a la competencia. Pues si la misión pública que justificaba el monopolio consistía en asegurar el acceso general e igualitario de todos, con independencia del lugar del territorio de cada Estado en que se encuentren los usuarios- lo que se afirmaba que no podía asegurar el mercado por sí mismo, que más bien “descremaba” el mercado quedándose con las zonas rentables y abandonando a su suerte a las no rentables -, lo que se va a afirmar por la Comisión, en los documentos sectoriales de liberalización de cada actividad, es que ese objetivo puede garantizarse mediante el servicio universal compatible con la liberalización de todas esas actividades.

(...)²¹

²¹ El servicio universal es el instrumento que priva de su justificación al monopolio y a los servicios públicos en sentido subjetivo, puesto que si el acceso de todos a las prestaciones indispensables está garantizada en un contexto de competencia, en tal caso el establecimiento de un monopolio no está justificado puesto que supone un sacrificio no proporcionado de una

1.3. LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA: EN ESPECIAL LAS AUTORIDADES O ENTES REGULADORES Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

12. Toda la actividad económica de la Administración se ejerce por los órganos que sean competentes a tal efecto. Si, como hemos visto, la intervención en la economía puede realizarse en distintos niveles habría que ver quiénes ostentan las competencias en dichos niveles tanto europeos como internos.

No obstante en el plano de la Unión las competencias son sobre todo normativas y por tanto no tanto de intervención de la Administración. Pese a ello, hay también intervenciones que podríamos considerar administrativas (ello

libertad comunitaria (la libre prestación de servicios) y de un derecho fundamental (la libertad de empresa). No proporcional dado que el mismo objetivo de acceso en condiciones de igualdad se puede lograr a través del servicio universal sin necesidad de sacrificar tales libertades y derechos fundamentales.

El servicio universal es un concepto básico en el proceso de liberalización pues es la técnica que permite garantizar el acceso de todos a servicios indispensables y con ello hace ilícito, en la perspectiva comunitaria, el otorgamiento por los Estados de derechos exclusivos o especiales («28. La noción de servicio universal se basa en el interés de garantizar un servicio de calidad a un precio asequible para todos. Los criterios de servicio universal se basan en los principios de igualdad, universalidad, continuidad y adaptación así como en líneas de funcionamiento sanas: transparencia de gestión, de tarificación y de financiación, y control a cargo de instancias distintas de los gestores. La totalidad de estos criterios no está siempre presente a nivel nacional, y su introducción en virtud del servicio universal europeo ha conducido a desarrollar los servicios de interés general». Comunicación de 11 De Septiembre de 1996 COM (96) 443 final; DO C 281 de 26.9.1996..

La Comisión no obstante es consciente de que no siempre será posible asegurar del todo el acceso universal en un contexto de competencia y por ello no cierra la puerta a la posibilidad de que algunos servicios de interés económico general puedan seguirse prestando en régimen de monopolio o con derechos exclusivos o especiales. Lo que se produce en todo caso es una inversión de la carga de la prueba: si hasta los años ochenta a los Estados les bastaba con invocar la misión pública confiada como justificación del monopolio, lo que ocurre a partir de mitad de los ochenta es que sobre los Estados pesa la carga de demostrar que el monopolio es la mejor o única solución para garantizar el acceso universal. Pero esa inversión de la carga de la prueba acaba dando lugar a la liberalización de todas las actividades tradicionales de servicio público, por más que en algunos momentos sea la propia Comisión la que admite que algunos servicios de interés económico general se pueden prestar en monopolio (régimen de derechos exclusivos o especiales) como fue el caso de la Directiva 90/388/CEE de liberalización de servicios de Telecomunicación que permitió el mantenimiento del monopolio en lo referido a las redes de telecomunicación y al servicio de telefonía vocal²¹.

Ello pone de relieve que un servicio de interés económico general puede prestarse en régimen de competencia o en régimen de servicio público en sentido subjetivo, es decir en régimen de monopolio - derechos exclusivos - u oligopolio - derechos especiales-. La idea de servicios de interés económico general es genérica y permite diversas formas de desarrollo de la actividad a que se refiere: En régimen de competencia o en régimen de servicio público.

aparte de que la ejecución del Derecho de la Unión corresponda, además de a las propias Instituciones que detentan competencias ejecutivas, cuando así esté previsto, a las Administraciones de los Estados miembros). Así en materia de ayudas de Estado y Derecho de la competencia es la Comisión y dentro de ella la Dirección General IV la que ejerce competencias de ejecución que se concretan en la tramitación de expedientes que concluyen adoptando decisiones singulares que pueden afectar a los Estados o a las empresas de los Estados miembros que hayan incurrido en infracción de las normas comunitarias sobre competencia en asuntos de relevancia comunitaria.

Pero no sólo la Comisión, que participa en el ejercicio de competencias legislativas y ejecutivas, desarrolla actividad que podríamos llamar administrativa, sino que también el Consejo de Ministros (también con competencias legislativas y ejecutivas) puede ejercer tales competencias en materias económicas. Así, en el [artículo 126.11 del TFUE](#) -ubicado en el capítulo correspondiente a política económica- el Consejo, en materia de déficits públicos excesivos, puede, después de un largo y complejo procedimiento, tomar decisiones tales como la imposición de multas apropiadas a los Estados incumplidores de decisiones previas del Consejo.

Pero el margen del Consejo de Ministros y de la Comisión hay también competencias ejecutivas muy importantes del Banco central europeo y del sistema europeo de Bancos centrales ([artículos 127 y siguientes](#)).

Finalmente en el marco de las políticas sectoriales (agrícola, transportes, energía, medioambiente, etc.) con incidencia y relieve económico la Unión ejercer en función de las regulaciones sectoriales correspondientes no sólo competencias normativas que son las más frecuentes, sino también ejecutivas que según los casos se manifiestan en la adopción de decisiones, aprobaciones de programas, expedientes de inspección o vigilancia, etc.

No debe olvidarse que los Estados participan, entre otras cosas con su presencia en el Consejo, en la definición de la política económica de la Unión, si bien su importancia será distinta según el régimen de mayorías que pueda existir.

En todo caso la Unión y los Estados no son dos planos comunicados sino que están en íntima relación, aunque sólo sea por ese dato orgánico.

§ 13. Dentro de España las competencias con incidencia económica pueden adoptarse en cualquier nivel, por más que, cuanto más elevado sea el nivel, más importante y trascendente será la medida.

En el plano local y municipal la LBRL en su artículo 86 permite a las Entidades locales ejercer la iniciativa pública en la actividad económica en concurrencia con los particulares o en régimen de reserva exclusiva (en este caso sólo en las actividades a que se refiere el número 3 de dicho artículo 86). En el primer caso la decisión corresponde al Pleno de la Corporación y en el segundo al Pleno y además se requiere la aprobación de la Comunidad autónoma.

El ejercicio de competencias económicas o el desarrollo de actividades públicas con relevancia económica puede llevarse a través de las formas de gestión a que se refieren los artículos 85 y 85 bis de la LBRL.

En el plano autonómico cada CCAA tiene su propia organización con sus propias particularidades sin que, por lo demás, ofrezca muchas diferencias con la que pueda tener el Estado. Baste con decir que las competencias autonómicas de carácter económico no son solo las que directamente y de forma general y transversal puedan afectar a la economía autonómica, sino las que, al regular los distintos sectores de la acción pública, inciden de forma determinante en ella. En cuanto a los órganos competentes y las formas de organización de la actividad económica por parte de las Administraciones autonómicas hay que remitirse a lo estudiado en la lección sobre organización administrativa y las distintas formas de personificación pública y privada de servicios.

Para no repetir las mismas ideas nos centraremos en la organización de la Administración económica en el Plano central o general del Estado que retiene, como corresponde a las competencias que se recogen en el [artículo](#)

[149.1 de la Constitución](#), las competencias más relevantes y trascendentes en relación con la economía.

Habría que distinguir entre la Administración que podríamos llamar convencional y las llamadas Administraciones o Agencias independientes.

§ 14. Los poderes superiores en materia de ordenación económica hay que radicarlos, de acuerdo con lo que prevé el artículo 97 de la CE, en el Gobierno, pues es a él a quien corresponde la dirección de la política interior y exterior de acuerdo con la Constitución y las Leyes, así como la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Naturalmente que el Gobierno tiene que tener en cuenta las Leyes y muy singularmente las Leyes de presupuestos que pueden condicionar su actuación política.

Sin perjuicio de volver sobre el tema de las competencias del Gobierno a propósito de las Administraciones independientes y las agencias reguladoras, debe señalarse que esa competencia –que es objeto de desconcentración en distintos órganos de la Administración pública–, tiene su sede más alta en el Consejo de Ministros, Vicepresidencia segunda del Gobierno, en la Comisión Delegada de Asuntos económicos y en el Ministerio de Economía y Hacienda. No puede olvidarse, una vez más, que determinados departamentos ministeriales sectoriales tiene una importancia primordial en la vida económica. Es el caso del Ministerio de Fomento, Industria, de Medio ambiente y medio rural y Marino, de Trabajo y del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Desde el punto de vista de la gestión y desarrollo de actividades económicas deben recordarse las formas descentralizadas de la LOFAGE (Entidades públicas empresariales, Agencias y sociedades mercantiles estatales especialmente).

§ 15. En el campo económico no puede dejar de subrayarse la importancia que tienen determinadas organizaciones que se califican como entidades reguladoras –cuando su función es supervisar, regular, inspeccionar y resolver– que operan en campos o actividades económicas de interés general que están

entregados a la dinámica del mercado, pero que son objeto de regulación por parte de dichas entidades.

Se habla así, con un término ya acuñado, de la actividad de regulación económica para expresar cómo el Estado ha abandonado el papel prestacional que tradicionalmente venía realizando en muchos sectores de la vida económica –los grandes servicios públicos tradicionales (transportes, telecomunicaciones, energía, servicios postales, etc.)– y ha entregado esas actividades a la iniciativa privada. Pero esa entrega no significa que el Estado haya abdicado de su obligación de ser garante de tales servicios de interés económico general como ahora se denominan, sino que ha sustituido su papel de prestador directo del servicio –como era el caso de Correos– por el de vigilante y supervisor del mismo y de la forma como lo hacen los particulares. Antes lo desempeñaba el Estado por sí o a través de un concesionario y, ahora, el Estado no lo presta en forma alguna. Eso sí, fija las condiciones para su prestación, eventualmente fija obligaciones de servicio público o de servicio universal y no renuncia a sustituir de forma provisional o temporal a las empresas privadas si no garantizan servicios esenciales como puede verse en el artículo 4.5 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Frente a la tradicional actividad de prestación, surge así la función reguladora que no se agota en la emisión de normas o circulares, sino que se concreta también en la resolución de controversias entre las empresas que concurren en un mercado determinado para lograr que no se produzcan situaciones de abuso de posición dominante por parte de unas empresas sobre otras. No puede olvidarse que muchos de estos sectores son intensivos en capital con muchos costes hundidos y con actividades en red; actividades en definitiva que siempre se han considerado como monopolios naturales. La forma de evitar que tales monopolios de facto sustituyan a los monopolios legales que tenía el Estado radica en la regulación y en la imposición de obligaciones sobre aquellas empresas que tienen poder significativo de mercado. La obligación por ejemplo de que una empresa con poder significativo de mercado permita a su competidor usar sus redes de

telecomunicaciones o sus redes de transportes de energía en igualdad de condiciones con su propietario, es la única forma de que determinadas instalaciones esenciales (“Essentials facilities”) difícilmente repetibles no constituyan una barrera a la entrada de competidores. Pero la instrumentación de esa obligación de dar acceso a terceros y los conflictos que genera su aplicación obligan a una actividad de regulación que no consiste sólo en dar reglas generales, sino en resolver conflictos concretos, aunque con ánimo de que la solución dada en un conflicto sirva para los futuros que puedan producirse.

La norma de carácter general no puede prever todos los casos por eso se dan reglas generales y se encomienda a entes reguladores –Administraciones públicas– que resuelvan los casos concretos con arreglo a la reglas generales que no contemplan ni pueden contemplar los miles de supuestos que pueden llegar a plantearse por lo que son los entes reguladores los que van creando la regla a medida que resuelven conflictos o se percatan de los problemas.

Esa función de regulación económica se encomienda a Entidades reguladoras muy singulares por la independencia mayor o menor de que están dotadas respecto del ejecutivo. En realidad lo primero que debe garantizarse es que sean independientes de las empresas del sector para que no favorezcan a unas sobre otras en actividades de una enorme trascendencia económica para todos los que operan en un mercado determinado.

Tal vez lo más característico sea, sin embargo, su independencia respecto de la Administración pública, por más que estas entidades sean, ellas mismas, Administración pública, si bien se les denomina Administraciones independientes. La independencia respecto de la Administración convencional tiene su origen en las normas comunitarias que fueron liberalizando sectores que estaban en poder de los Estados. La liberalización no significaba necesariamente privatización, sino permitir que cualquiera pudiera desarrollar la actividad, en lugar de prohibirla incluso a veces con sanciones penales.

Esa liberalización que era lo único exigido por la UE permitía que los Estados pudieran continuar con la actividad que venían realizando en monopolio, pero ya no en monopolio sino en competencia. En esas condiciones

las normas liberalizadoras insistían en que el árbitro de ese juego, de esa competencia, no podía seguir siendo el Estado, pues sería juez y parte, dado que podría seguir siendo propietario de una empresa competidora en el mercado y a la vez podía pretender ser el árbitro de los conflictos que surgiesen.

La Administración convencional debía dejar de ser el árbitro, pero tampoco podían pasarse los conflictos a los jueces puesto que se trataba de dar soluciones rápidas en asuntos complejos (energía, telecomunicaciones etc.). Se crearon así muchos Entes reguladores, cada uno en un sector o mercado propio, que estaban dotados de independencia mayor o menor respecto de la Administración convencional.

El logro de esa independencia de la Administración pareció perder parte de su sentido cuando, además de liberalizar, muchos Estados –España por ejemplo en muchos sectores– optaron por privatizar por lo que en teoría dejaba de estar interesados en beneficiar a sus empresas puesto que las había vendido²².

No obstante la independencia respecto del Estado se ha mantenido probablemente porque la importancia de dichas actividades era tan grande y podía tener tal influencia en la vida política que podía ocurrir que las decisiones reguladoras con consecuencias económicas o laborales estuvieran influidas por la coyuntura política (elecciones por ejemplo). En todo caso lo que hay que enfatizar es la independencia respecto de las empresas del sector. Así la literatura científica ha tratado de muchos casos de lo que se llama “*captura del regulador*” por los regulados y por tanto hay que adoptar muchas cautelas a ese respecto.

Aunque los mecanismos para asegurar la independencia (de la Administración y del sector) pueden variar los más comunes son los siguientes:

²² Es el caso de la venta de todas las acciones del Estado en Telefónica, S.A. o en Endesa.

- órganos de carácter colegiado que aseguran que la resolución de los asuntos no corresponde a una persona sola – más asequible a presiones externas- , sino a un colegio.
- Nombramiento por las Cortes para garantizar un equilibrio en la composición del órgano o al menos audiencia de los propuestos para que los parlamentarios puedan examinar su capacidad y conocimiento del sector en que van a actuar.
- Incompatibilidades de altos cargos y declaración de bienes al comienzo y cese en el cargo.
- Tiempo predeterminado de ejercicio del cargo e imposibilidad de cese si no es por causas tasadas (incapacidad física, delitos, etc.)
- Periodo de guarda con posterioridad al cese durante el cual no puede ejercer actividades que tengan que ver con la función desempeñada.
- Las decisiones del organismo son recurribles directamente a los Tribunales y no al Ministerio en que se incardinan.

No todos estos mecanismos se aplican en todos los casos pero la mayoría de ellos están presentes en casi todos.

Las entidades reguladoras son muy numerosas. Entre otras pueden citarse la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal o el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Mención aparte merecen determinados organismos como el Banco de España que gozan de un Estatuto de independencia respecto del Gobierno y que se incardina en el Sistema europeo de Bancos centrales. La independencia del Banco de España respecto del Gobierno –que ha suscitado a veces debates sobre su constitucionalidad en cuanto parecería que impide al Gobierno ejercer su potestad de dirección de la política interior ex [artículo 97 CE](#)– es una consecuencia de la integración en la moneda única que planteaba el problema (que ahora se ha puesto de manifiesto con la crisis) de que una moneda única debe conducir a

políticas económicas sino únicas si muy coordinadas. Si con una moneda única un país lleva una política económica desacertada o engañosa (caso griego) la situación de debilidad de ese país acaba afectando al crédito de todos y de la propia moneda única. Alemania puso como condición para la moneda única la independencia de los Bancos centrales respecto de los gobiernos para que no secundasen a éstos en políticas que alterasen la estabilidad de precios. Esta estabilidad aparece así en el [artículo 127 del TFUE](#) como el objetivo principal del sistema europeo de Bancos centrales integrado por los Bancos centrales de todos los países.

El tema se presta a debate en cuanto en algunos momentos una política expansiva puede contribuir a genera inflación, pero también puede ayudar a evitar caer en recesión, aunque con el problema del déficit. Los debates a este respecto están a la orden del día y las políticas a tomar distan de estar claras en la doctrina y en los especialistas. Las diferencias en este punto entre EEUU y Europa en este momento son una muestra de ese desacuerdo fundamental. Sea como fuere ese objetivo de la estabilidad de precios es el principal en los Bancos centrales.

El problema constitucional de dicha independencia se ha solventado invocando que el Gobierno ni pierde su potestad de enviar proyectos de Ley al Parlamento o aprobar Decretos-Leyes en casos de urgencias, ni la de aprobar los reglamentos. Por otra parte en la medida en que nombra al Gobernador del Banco de España, ejerce su facultad de dirección al poder elegir a la persona que cree que se corresponde con sus opciones de política económica, bien es verdad que sujeto al objetivo principal de mantener la estabilidad de precios, pero eso, en todo caso, es un mandato de la Ley a la que está sometido el Gobierno en todo caso.