

LECCIÓN 2

LA ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA¹

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 2.1. Orden económico y “Constitución Económica”.*
- 2.2. Las instituciones fundamentales del orden económico.*
- 2.3. La organización de la Administración económica; en especial, las autoridades o los entes reguladores y la regulación económica.*
- 2.4. La política económica y monetaria: el SEBC y la supervisión del sistema financiero interno.*

2.1. ORDEN ECONÓMICO Y “CONSTITUCIÓN ECONÓMICA”

§ 1. Como se ha visto en la primera lección, 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 de forma directa e inmediata con la vida económica, con independencia de que casi todos ellos, de una forma u otra, produzcan directa o indirectamente efectos sobre la economía. Ello no quiere decir que la lógica a que respondan los que no tienen como objeto la regulación directa e inmediata de la economía, se dirija a ordenar la vida económica, sino que busca de forma directa la articulación de otros bienes y valores distintos de la ordenación de la economía.

§ 2. 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 pero no es esa dimensión la única, ni siquiera la principal. En el caso de la seguridad ciudadana, por citar otro ejemplo de entre los temas que se van a ver, 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. Ocurre que la seguridad ciudadana no es objeto de tratamiento por el Derecho con fines directos e inmediatos de promoción económica, sino para buscar el equilibrio entre las libertades y derechos fundamentales y la

¹ Revisado en septiembre 2014.

necesidad de seguridad. El hecho de que la seguridad acabe teniendo efectos beneficiosos colaterales para la vida económica no puede llevarnos a la confusión de que el *primum movens* de la seguridad pública, consista en promover la vida económica, sino que tiene una lógica propia y distinta. Y lo mismo ocurre con otros sectores o temas específicos que se verán en este curso.

En todo caso el orden económico es un aspecto sectorial o específico en sí mismo, pero que también produce sus efectos, a su vez, en otros sectores del Derecho. En esta vamos a analizar la actividad administrativa que tiene por objeto directo e inmediato la regulación de la actividad económica, entendiendo tal es el caso de aquellas intervenciones que se dirigen a regular instituciones centrales de la economía: el mercado y la competencia.

El orden
económico

§ 3. Con esas precisiones, dado el número de lecciones que se relacionan con la actividad económica, procede empezar con un examen del orden económico y sus instituciones².

Pues bien, en lo que hace a la actividad económica hay siempre un dato previo a considerar; dato 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 la vida económica, ya sea para desarrollar actividades o establecer regulaciones con incidencia directa e inmediata 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 incidencia directa en la economía y por razones económicas. 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, todavía en la actualidad, aunque afirme que pretende iniciar un cambio que no acaba de concretarse) y, en el otro extremo, otros en que, por el contrario, son los ciudadanos y empresas quienes toman por sí mismos sus decisiones quedando a los poderes públicos,

² Un simple repaso al índice de la [Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía sostenible](#) pone de manifiesto el amplísimo criterio del legislador en cuanto a qué debe entenderse por economía, al margen de que la Ley haya aprovechado la ocasión para regular temas que parecen tener menos que ver con la economía.

en teoría, muy pocas potestades de intervención directa, aunque desarrollen las de supervisión e incluso regulación eventualmente poco importantes³ y, en todo caso, dentro del respeto a esa iniciativa privada⁴.

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 y empresas.

El sistema político 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: quiénes son los protagonistas del orden económico y cuáles los instrumentos que se ponen en juego para ordenar la vida económica y cómo se emplean.

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 en relación con la vida económica con singular referencia al Derecho administrativo**. No es el mismo el papel del Derecho en una economía planificada sin libertad de empresa, que en una economía fuertemente intervenida o 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 1.1). Se concreta también en las instituciones

³ Ese es el modelo que una facción relevante del partido Republicano de los Estados Unidos (el llamado *Tea Party*) propugna para aquel país.

⁴ Todo ello al margen de las políticas de redistribución que vía impuestos o vía gastos (sanidad, educación y gastos sociales) pudieran hacerse.

fundamentales (apartado 1.2) 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 1.3) y, de otra, ciudadanos y empresas, así como los instrumentos fundamentales de articulación del orden económico.

§ 4. 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 cuál es el orden político en que nos movemos y, dentro de él, cuáles son las líneas esenciales del orden económico. Cuáles son nuestros derechos en ese aspecto, quién tiene el poder y los límites de su ejercicio y nuestra participación en el ejercicio del poder, entre otras cosas eligiendo a nuestros representantes.

En ocasiones con la expresión “*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 pretendidamente connaturales** al orden económico que, estén o no escritas en las Constitución o en las leyes, rigen el funcionamiento 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) y en todo caso sin salirse de dicho marco constitucional. Se quiere ir mucho más lejos, en cambio, cuando se pretende afirmar que las reglas “naturales” del orden económico están por encima de las reglas de la Constitución, que, incluso, 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 a conceptos económicos ajenos a la Constitución misma.

Por el contrario, si se emplea con la idea pretensión de contraponer a la Constitución propiamente dicha una imprecisa “Constitución económica” –oculta en la naturaleza de las cosas, pero más fuerte e imperativa que la Constitución formal misma – entonces se siembra la confusión y se incurre en el error. 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-constitucional positivo mismo; o al margen de él y de las previsiones económicas que integra ese orden político. Si se emplea en este último sentido la expresión de Constitución económica, entonces no es neutra, sino que implica poner por encima del pacto fundamental en que 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 ideología⁵.

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 en el que 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.

§ 5. En realidad, como es lógico, Constitución no hay mas 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 – además de los títulos, capítulos más específicamente económicos –, las previsiones relevantes

⁵ 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, pretendidamente el bueno, por un orden impuesto artificialmente desde el poder (pp.. 179 y ss), supuestamente el malo. HAYECK aparece así entre los primeros pensadores de los que se reclama el pensamiento conservador republicano en los EEUU.

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 deben poder gobernar conservadores, progresistas, liberales, etc.⁶. Ello no significa, sin embargo, que la Constitución admita cualquier tipo de política, pues en todo caso deberá ser compatible con la misma. Sin embargo, por amplias que sean las políticas que quepan dentro de la Constitución, algunas pueden no caber; y 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 tradicional en nuestro constitucionalismo; lo que el profesor italiano Massimo Severo GIANNINI denominó el paso de la sociedad monoclase a la sociedad pluriclase,⁷ que ha tenido consecuencias en la forma de entender e interpretar las normas⁸.

⁶ En la enumeración podrían incluirse otras tendencias políticas, hoy minoritarias, que podrían obtener en el futuro el consenso del pueblo. El principio de esperanza está presente para todos en cualquier sociedad democrática en la que no sólo la oposición de hoy puede ser el poder de mañana, sino que posiciones marginales o marginadas o incluso contrarias a la Constitución pudieran llegar a cambiar la situación en un futuro siempre por métodos no violentos.

⁷ 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 seguridad social, al trabajo o a un medio ambiente adecuado corresponde a los intereses de clases sociales y grupos 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. *Vid.* Massimo Severo GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, INAP, 1980 Colección Estudios Administrativos, págs. 65 y ss.

⁸ Puede recordarse a tal efecto al profesor Gustavo ZAGREBELSKY que en 1992 publicó su obra “Il diritto mite” traducido en España con el título de “El derecho dúctil” con un término –dúctil– tal vez no muy exacto, pero en todo caso expresivo de lo que el autor quería significar; obra que si en algunos

aspectos ha merecido alguna crítica como la proveniente de un ilustre colega de nuestra Universidad, en lo sustancial es muy valiosa y, desde luego, lo es en la parte que sirve al propósito de esta reflexión. En la misma se sostiene fundamentalmente que el derecho, especialmente el constitucional al que parece que la obra va dirigida más específicamente, se ha transformado por diversas razones; entre ellas por la ruptura de la unidad social de la clase que originariamente tenía acceso al poder legislativo: la burguesía. Ruptura teorizada en Italia por el profesor GIANINNI con su descripción del paso de la sociedad monoclase a la sociedad pluriclase. Esa ruptura de la unidad de la clase dirigente se traduce en la necesidad de incorporar a las Constituciones valores y principios contrapuestos; valores y principios representativos de los intereses de los nuevos colectivos sociales que no pueden identificarse claramente con las clases tradicionales, sino que expresan, en sí mismos, intereses y situaciones contradictorias.

No se renuncia a la efectividad de valores que son contrapuestos y no jerarquizados necesariamente entre sí. Pero esa proclamación simultánea de valores a veces contrapuestos, o al menos contrapuestos en la realidad cotidiana, proclamación que refleja un deseo de ver reconocidos y a ser posible satisfechos todos ellos, no puede lograrse en todos los casos, y se sustituye por el deseo de mantener en lo posible todos los valores aunque unos encuentren más satisfacción que otros. Cuando ni eso sea posible se buscara que, al menos, el sometimiento de unos valores y principios en beneficio de otros, encuentre una causa concreta que justifique tal solución; en definitiva que no sea una decisión arbitraria del legislativo, sino una decisión racional y conforme con la Constitución. Eso supone en definitiva que la articulación de valores y principios dependerá de las circunstancias de hecho de cada supuesto en que estén involucrados.

Todo eso conlleva, como puede advertirse, una flexibilización del Derecho, una renuncia a la rigidez y al dogmatismo, en definitiva la ductilidad del Derecho, que no puede ya significar de antemano ni que el legislador sea completamente libre para decidir lo que quiera ni que sólo pueda inclinarse por una única solución sobre qué valores protege. El legislador tiene libertad para optar si bien tendrá que ser razonable su decisión en cada caso acerca de por qué pondera más un valor o un principio a la vista de las circunstancias concurrentes; también por qué en determinados casos la imposible conciliación parcial de todos ellos explica que unos se sacrifiquen a otros.

Esas opciones legislativas por unos u otros valores y principios en muchos casos no pueden, además, predeterminarse desde la Ley, sino a la vista de las circunstancias concurrentes en los casos concretos a los que se tienen que aplicar las Leyes; circunstancias que son las que sirven de justificación sobre por qué en determinados casos prevalecen unos valores o principios sobre otros. Las leyes no pueden, así, establecer de forma arbitraria o irrazonable preferencias de unos valores sobre otros, ni pueden hacerlo prescindiendo de las circunstancias concretas que se han de tomar en consideración. Por otra parte el legislador se limitará a sentar criterios cuya selección y aplicación vendrá determinada por el caso concreto. Criterios cuya aplicación, en algunos casos, encargará a la Administración quien tendrá que ponderar y justificar su aplicación bajo el control final del Tribunal Constitucional o de los Tribunales ordinarios. De la misma forma que el propio legislador está sometido al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional. Tribunales que, por otra parte, hay que subrayarlo con claridad, deben controlar, pero no sustituir el margen de decisión que corresponde al legislativo, siempre mucho más amplio, o al Ejecutivo. Es decir deben controlar el uso irracional o irrazonable en la concreción de esos principios y valores, y sólo el uso irracional o irrazonable.

La incorporación a las leyes de principios y valores en tensión entre ellos deja a los aplicadores de la Ley (jueces o Administración) algún margen en su aplicación al caso concreto y con ello hace dúctil o maleable el derecho que no tiene una única respuesta o, al menos no la tiene sin atender a las circunstancias concretas de cada caso.

ZAGRABELSKY pone como ejemplo de esa tensión entre valores y principios y la ductilidad o labilidad que provocan el caso *Serena*. La seguridad jurídica, la legalidad y la protección de los menores son principios y bienes reconocidos constitucionalmente. Son principios que se quieren todos ellos conjuntamente y, sin embargo, no siempre es ello posible. En el caso *Serena*, que dividió a la opinión pública italiana, se trataba de una pareja que pretendía la adopción de una niña traída ilegalmente, y en circunstancias no aclaradas, del extranjero y mantenida en esa situación ilegal con estratagemas y falsedades. El principio de legalidad -las leyes italianas- impedían la adopción por parte de quienes hubieran cometido tales infracciones. La cuestión era si podía aplicarse una regla excepcional que, pese a todo, dispensaba de algunas exigencias en "casos especiales". La cuestión consistía en saber si el tiempo transcurrido durante el cual había vivido la niña con las personas que pretendían su adopción justificaba la aplicación de esa excepción en atención a que la separación de la niña de las personas que pretendían su adopción -y que habían cometido diversas ilegalidades- podía acabar afectando seriamente a la menor. Legalidad, protección del menor y seguridad jurídica parecían conducir a soluciones diferentes.

Finalmente el juez del caso se decidió por no aplicar la excepción por considerar que la misma conduciría a estimular, dicho crudamente, el comercio de niños. El interés del caso radica en mostrar cómo

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.

§ 6. En la mayor parte de las **Constituciones del XIX** la economía está en buena medida ausente de las mismas, 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

valores recogidos en el texto constitucional –principio de legalidad, seguridad jurídica y protección de los menores– todos ellos estimables, pueden entrar en contradicción entre sí y hacer difícil la tarea de aplicar el Derecho. En realidad ello no es sino una característica del ser humano como señalaba Isahia BERLIN en su obra “El fuste torcido de la humanidad”, pues parecería que forma parte de nuestra condición humana que no siempre los valores, que por separado son estimables, puedan coexistir entre ellos como sería deseable. MAQUIAVELO lo expuso en el Príncipe, con gran escándalo, al poner de relieve que las condiciones para ser un buen gobernante no tenían por qué coincidir con la exigencia de ser un príncipe piadoso según los “Espejos de Príncipes” al uso hasta ese momento.

En cualquier caso, el pluralismo de nuestras democracias, la incorporación a las mismas de los distintos grupos sociales y políticos, ha hecho que las Constituciones actuales no sean definidoras de un proyecto político único sino abiertas a distintos proyectos. Se diseñan, pues, sociedades abiertas en las que es posible no sólo que la oposición de hoy sea el poder mañana, sino también que lo que hoy es marginal mañana pueda dirigir los derroteros de la vida pública. Esta flexibilidad de nuestras Constituciones, esa apertura hacia el futuro, supone también una cierta flexibilidad de los valores y principios que a ella se incorporan: ya sea como tales valores y principios en el plano objetivo, ya sea como derechos y libertades fundamentales en cuanto derechos subjetivos de los individuos frente a los poderes públicos o frente a los demás ciudadanos, ya sea, en fin, como bienes reconocidos en la Constitución.

La cuestión es que esa flexibilidad de las Constituciones derivada de su pluralismo axiológico, añadida al carácter normativo y vinculante de las Constituciones, han determinado esa ductilidad o flexibilidad del Derecho, necesaria para permitir la virtualidad de los distintos valores y principios. Esa característica del orden constitucional de nuestro tiempo se traduce en una aparente pérdida por el Derecho y por la Ley de uno de los caracteres que podrían considerarse sustanciales y connaturales al mismo: la certeza o certidumbre. Ahora las Leyes no puede decirse de forma definitiva que sean ajustadas al patrón de la Constitución hasta que no hayan pasado el juicio de constitucionalidad sobre la misma.

Las reflexiones anteriores no se limitan al plano constitucional, no obstante lo que se ha dicho, pues lo cierto es que la utilización en las leyes de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de aquellos que parecen admitir varias interpretaciones posibles, era un fenómeno conocido, aún antes de que se plantease la cuestión de la incorporación a los textos constitucionales de valores y bienes cuya composición exigía darles interpretaciones flexibles o no predeterminadas de antemano. Quiere con ello indicarse que el que la elevación de los valores a los textos constitucionales haya agudizado y agravado el problema de la flexibilidad del derecho (al llevarlo al campo hasta de la Ley cuyo control ahora se admite), no significa que el problema de la flexibilidad del Derecho no existiese con anterioridad en ámbitos infra legales. Lo que ocurre es que la flexibilidad ha llegado al corazón mismo del sistema jurídico en cuanto que la posición del legislador en nuestros sistemas es absolutamente central y ahora lo que ocurre es que no se trata ya de que las palabras de la Ley presenten dudas en cuanto a su interpretación o aplicación práctica, pero sin poner en duda su valor y su fuerza vinculante, sino que es la misma Ley la que puede ser puesta en cuestión por no reflejar correctamente el espíritu y el sentido de la Constitución en trance de hacer una regulación que implica dar preferencia a un valor sobre otro.

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 (1812) hasta la Constitución de la Restauración (1876) 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 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 9 de diciembre 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 éste. Las políticas del *New Deal* de Roosevelt tras la gran depresión de 1929 y las ideas Keynesianas dan lugar, 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 particulares⁹.

§ 7. Son muchos los preceptos que contribuyen a definir **el modelo económico en nuestra actual Constitución**. Para empezar están los artículos relativos a los derechos fundamentales entre los cuales pueden destacarse, señaladamente, 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](#).

Está también muy especialmente el artículo 9.2 de la CE en relación con el capítulo II - de los principios del orden social y económico - del Título I de la CE - derechos fundamentales y libertades públicas- que compromete a los poderes públicos de forma positiva con la libertad y la igualdad y con ello con el logro de los derechos y principios de dicho capítulo III del Título I de la CE. Consiste ese artículo 9.2 de la CE en un mandato de realidad y efectividad de los derechos que supone, en interacción con los principios del orden social y económico, un mandato de optimización y maximización de éstos últimos. Un mandato de maximización y optimización que no es incompatible,

⁹ 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.

desde luego y en principio, con la consideración de las posibilidades económicas, pero que marca una perspectiva económica que no puede ya ser ajenas a los principios y derechos sociales característicos de un Estado de Bienestar que es con el que se compromete la CE con todas las imprecisiones y flexibilidades que su concreción pueda exigir.

En definitiva puede notarse una **cierta tensión entre todos esos preceptos de la CE**. 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. Lo mismo ocurre con los principios del orden social y económico - a subrayar el orden económico junto al orden social -. Razones todas ellas que explican que el modelo actual no es comparable, ni mucho menos, con los modelos de nuestro constitucionalismo histórico.

Así, por ejemplo, cuando se habla del derecho de propiedad en la CE, 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 Constitución 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, por más que en su sentido más estricto y total esté en desuso.

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 los principios del orden social y económico del capítulo III del Título I de nuestra Constitución, ni las previsiones mismas del [Título VII](#) de la Constitución en el que ésta parece dar a entender que ni siquiera renuncia a la idea de una economía dirigida de mercado en la terminología de GARCÍA PELAYO¹⁰, quien proponía, para entender los modelos economico-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 básicamente 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.(...)¹¹. Ese modelo de **Estado de bienestar** es el que

¹⁰ M. GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en Obras Completas t.II, CEC, 1991, p. 2865.

¹¹ 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.).

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.

la crisis económica parecería que está reduciendo en lo que hace a la cantidad y calidad de sus prestaciones, sin que pueda afirmarse rotundamente que se esté llevando por delante el modelo mismo de Estado de bienestar, aunque a medida que aumentan las restricciones cuantitativas derivadas de la receta de la austeridad, lo cuantitativo se transforma en cualitativo y, por tanto, comienza a afectar al modelo mismo de Estado de bienestar.

Ello no quita para 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 (...) ¹²

Pero sin esperar a que sobrevenga una crisis, los Estados tienen que prevenirla. Así, hoy todos saben cómo la burbuja inmobiliaria y determinadas prácticas de ingeniería financiera 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.

¹² 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, por más que el principio de subsidiariedad de la acción pública no exista en nuestra Constitución, sino más bien el contrario de libre iniciativa pública en la actividad económica. En todo caso si el Estado considera que la libre iniciativa privada no asegura la cobertura de necesidades sociales, 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. Pero la intervención pública puede hacerse también por los poderes públicos si considera que hay razones de interés general que lo justifican.

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 sometiendo 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 y de los principios rectores del orden social y económico del capítulo III del Título I de la CE.

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. Del Estado prestador se pasa últimamente al Estado garante de que las prestaciones se den, pero en un contexto de competencia. 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 ¹³.

¹³ La importancia del pluralismo como valor superior de nuestra Constitución (art. 1.º) 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 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..

Hoy día la caracterización más común del papel público en la economía es la propia de lo que se ha venido en llamar el “**Estado regulador**”¹⁴ 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 y 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 y condicionado por ellos. Y ha sido influido no sólo por el llamado derecho originario – los Tratados – sino muy especialmente por el derecho derivado. Éste último invoca siempre los Tratados, por más que algunas veces pudiera ponerse en duda la suficiencia de la cobertura de éstos para imponer normas y regulaciones que podrían estar a veces – singularmente con ocasión de la crisis, aunque no sólo¹⁵ – los perfiles del Estado de bienestar que habían delineado las Constituciones de postguerra de los Estados que contribuyeron a la creación de la Unión Europea.

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 internas¹⁶, sino que inevitablemente debemos contar con el **Derecho de la Unión Europea** 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 y tienen influencia directa en nuestro modelo económico, aunque, en principio, sin cambiarlo como tal modelo.

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.

¹⁴ “Estado regulador” por referencia al sujeto y “regulación económica” por referencia a las nuevas funciones que desarrolla tal Estado.

¹⁵ Podría ser el caso de la Directiva 2006/123/CE – Directiva Bolkenstein de diciembre de 2006.

¹⁶ 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 sucesivas 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 (los Tratados) puede haber aspectos de tales Tratados que tengan problemas de ajuste, en su interpretación y aplicación, con las previsiones constitucionales. Por otra el Derecho derivado –el emanado de las Instituciones europeas puestas en marcha por los precitados Tratados– pudiera tropezar con los mismos problemas. En ese sentido el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido especialmente beligerante para limitar lo que puede hacer la Unión Europea en la perspectiva de lo que su Constitución permite¹⁷.

En la perspectiva económica en la que ahora nos situamos el problema presenta algunas características singulares puesto que los Tratados de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) –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 (además de las cuestiones relativas a la organización política y la separación de poderes, etc.).

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

¹⁷ Especialmente significativa es la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el asunto de las competencias del Banco Central Europeo y sus posibilidades de adoptar unas u otras políticas en el marco de la actual crisis económica.

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, se ampliaron.

Por tanto, 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 Estados¹⁸.

Sin embargo, lo cierto es que con el paso del tiempo y con las modificaciones de los Tratados se ha ido pasando de la Europa de los mercaderes, como a veces se le llamaba, **a una Europa más política** que recoge entre sus misiones y objetivos algunos que van muchísimo más allá de los previstos en 1957. En todo caso queda un cierto sesgo economista en los Tratados aunque los objetivos de la Unión sean hoy día mucho más amplios y tenga ya una dimensión política de nivel europeo.

En el momento actual hace falta, pues, tomar en cuenta cuál es el modelo económico europeo – lo que afecta al modelo interno de los Estados miembros – para saber cuál es el papel que reserva respectivamente a personas, empresas y 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 competencia¹⁹.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 superar las dimensiones puramente económicas culmina con el Tratado de Maastricht y continúa 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

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 constitucional²⁰ que haría ilícito en la actualidad en nuestro país lo que constitucionalmente era lícito al amparo del [artículo 128.2 CE](#) del texto constitucional antes de la adhesión a la UE.

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 abstractos que imponen una determinada opción liberalizadora como la Unión la ha impuesto, sino que el Consejo de la Unión –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 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 (...)²¹.

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.).

²⁰ En esos términos se expresa Santiago MUÑOZ MACHADO 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.

²¹ 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 CE no les obliga a reservar al sector público recursos o servicios especiales, sino que simplemente podían hacerlo, pero no tienen porque hacer tal reserva.

Los objetivos de interés general y de promoción de condiciones de igualdad y efectividad de los derechos y de remoción de los obstáculos que se oponen a su efectividad (art 9.2 de la Constitución), que explicaban la previsión de instrumentos para conseguirlo en el 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 objetivos, pero lo hacen vigilando o imponiendo obligación a los empresarios que actúan en los distintos sectores de la actividad económica, bajo la hipótesis de que una real competencia, garantiza una asignación eficaz y óptima de recursos.

A tal efecto, los poderes públicos adoptarán, como árbitros de esa competencia entre empresarios, las medidas necesarias para asegurarla. Y en el supuesto de que haya aspectos que no puede cubrir la competencia, en tal caso los Estados pueden imponer a los empresarios de cada sector obligaciones de servicio público (el servicio universal entre ellas) para garantizar el acceso de los ciudadanos a bienes o servicios esenciales a precios asequibles.

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](#). En ese sentido el artículo 106 del TFUE prevé la exclusión de las reglas de la competencia si hubiese misiones públicas (el acceso generalizado y

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 CE. 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.

universal por ejemplo) que no pudieran quedar satisfechas por el juego de la libre competencia.

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.

La descripción que acaba de hacerse no puede olvidar los problemas que la **crisis económica actual** ha puesto de relieve que tiene la Constitución económica. Problemas que están poniendo en cuestión las políticas aplicadas e incluso comprometiendo la moneda única y la propia Unión Europea.

Tales problemas no se limitan sólo a la zona euro, aunque es en ella donde se han puesto de relieve sus más graves defectos. Es conocido que la integración en la moneda única iba unida a la creación de un banco central europeo y la coordinación de las políticas económicas de los países del euro. Pues bien, ni el Banco Central es un banco que desarrolla las misiones tradicionales de los bancos centrales con respecto a la moneda –en cuanto prácticamente su única preocupación es la estabilidad económica, en tanto que los bancos centrales tradicionales, adoptaban medidas de acompañamiento de las políticas anti-cíclicas no limitadas sólo por el objetivo de la estabilidad de precios (así lo sigue haciendo en la coyuntura actual la reserva federal y el Banco de Inglaterra)– ni la coordinación de las políticas económicas se ha desarrollado como debiera. Eso ha conducido a una situación como la actual en la que los países afectados del sur se encuentran sin los instrumentos de lucha contra la crisis que les deparaba tradicionalmente la existencia de un banco central propio, ni el banco central europeo tiene fácil, en términos del Tratado, ofrecer soluciones para las actuales dificultades²².

Sobre ello se volverá más adelante, pero conviene dejar señalada desde aquí las dificultades de una Constitución económica europea que respecto de todos los países, pero muy en especial respecto de los de la zona euro, no parece tener soluciones, comprometiendo así no sólo el futuro de los países afectados, sino el futuro del euro y de los demás países no integrados en la moneda única.

²² Basta recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Banco central Europeo.

2.2.LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN ECONÓMICO

§ 8. 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 quién tiene el poder para tomar decisiones sobre la actividad económica (2.2.1) sobre lo que se volverá con más detalle en el siguiente apartado de la presente lección (2.3).

En la segunda perspectiva deben examinarse cuáles son las instituciones en sentido material (2.2.2): por una parte economía de mercado, competencia, regulación económica y libertad de empresa (2.2.1 A) y, por otra, presupuesto y principio de estabilidad presupuestaria del Estado y de los poderes públicos (2.2.1 B).

2.2.1. La dimensión subjetiva de las Instituciones económicas: Competencias económicas de la UE, del Estado y de las Comunidades Autónomas.

§ 9. 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 2006/123/CE de servicios y las Ley 17/2009 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 por el Tribunal Constitucional dicha competencia que el artículo 149.1.13ª CE reserva al Estado. Eso no quita para 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 o con otras fórmulas en los últimos estatutos que no pueden prescindir de la reserva que para el Estado hace el artículo 149.1.13ª CE. 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 no siendo estrictamente económicas tienen que ver con la economía y que por tanto afectan y alteran el reparto de competencias que no resulta fácil de determinar.

Así por ejemplo la obras públicas de interés general, que son competencia del Estado de acuerdo con el artículo 149.1.24^a CE, tienen sin duda una enorme importancia en relación con el desarrollo económico de un país²³, 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^a CE). La competencia transversal del Estado en materia de ordenación de la economía no agota las posibilidades de incidencia en la misma desde estos títulos específicos y otros muchos.

Por otra parte en el momento actual, y al margen de los títulos competenciales que lucen directamente en el artículo 149 de la Constitución, la reciente modificación constitucional del **artículo 135** ha supuesto la introducción de límites al ejercicio de competencias estatales, autonómicas y locales. Límites derivados del principio de estabilidad presupuestaria con sus restricciones sobre la deuda pública y el déficit público que entrañan limitaciones a la capacidad de decidir de cada instancia y que atribuyen al Estado competencias que pueden limitar las que a las CCAA correspondan en virtud de sus Estatutos. En efecto, la propia Constitución atribuye a la Ley orgánica prevista en el artículo 135 la misión de determinar los límites de la deuda y del déficit público, así como los criterios de distribución de los límites de deuda y déficit entre las CCAA y entre éstas y el Estado. Y, lo que es más relevante, atribuye a esa Ley orgánica la misión de establecer la forma y plazo de la corrección de las desviaciones. Eso implica que de producirse éstas el Estado podría limitar determinadas decisiones que siendo normalmente de competencia autonómica y en cuanto afecten a la estabilidad presupuestaria pueden sufrir la intervención estatal con ese exclusivo objeto.

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

²³ 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. Tal inversión queda por otra parte impedida por las limitaciones de endeudamiento y déficit derivadas de los Tratado y ahora de la nueva redacción del artículo 135 de nuestra Constitución.

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 ámbitos materiales. 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, aunque no puedan calificarse estrictamente como competencias directa y específicamente dirigidas a ordenar la economía en el sentido que inmediatamente vamos a tratar.

También las Corporaciones locales ejercen competencias que inciden en la actividad económica de los particulares o desarrollan actividades con contenido económico (artículos 84 y 85 de la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las bases de régimen local).

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 (...)²⁴. De otro lado la

²⁴ 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 comienzos. El art. 127 por su parte se refiere a la política monetaria cuya 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

Unión y los mecanismos puestos en pie respecto a los países de la Unión monetaria se están revelando también decisivos, aunque desde un punto de vista negativo, dada la falta de dirección y de ideas en relación con los problemas de las deudas soberanas de determinados países.

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.

2.2.2. Las Instituciones centrales de la actividad económica en sentido material u objetivo.

§ 10. Al margen de los aspectos subjetivos –relativos a las competencias de los distintos niveles– 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, libertad económica, propiedad privada o pública 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.

Esa dimensión institucional o material resulta afectada por las distintas técnicas de intervención pública relacionadas con la satisfacción de necesidades de interés general, los servicios públicos o la regulación económica; técnicas que afectan o condicionan el orden económico.

Ahora bien, a los efectos del presente programa, debe advertirse de que lo que queremos analizar no son todas las intervenciones de las Administraciones públicas que de forma indirecta afectan a la economía. En absoluto.

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.

No pretendemos analizar, por ejemplo, en la presente lección las competencias públicas que - por razones, en principio, ajenas a la economía misma - pueden acabar incidiendo en ella. Es decir que, cuando por razones que tienen que ver con la seguridad, el medio ambiente o la protección de la salud o del consumidor, se somete la actividad de los particulares y empresas a un sistema de autorización previa, tal medida del poder público no puede calificarse propiamente como una medida económica, puesto que la razón para imponer tal sistema de autorización previa no es la protección de la economía, sino la protección de la salud, el consumidor, el medio ambiente etc..

Eso no quiere decir, sin embargo, que el establecimiento de dicho sistema de autorización previa no tenga consecuencias en la economía; las puede tener y muchas. Pero la medida no se adopta tanto como una medida económica, sino como una medida que pretende obtener otros objetivos de preservación de esos otros valores (medio ambiente, salud pública, etc.) y no como medida estrictamente económica.

Incluso en el caso de la Directiva Bolkenstein, dirigida entre otras cosas a la supresión o disminución de autorizaciones que protegen esos otros valores distintos de la economía, la razón de la supresión de las mismas se hace invocando como razón el derecho a la libre prestación de servicios; es decir una de las libertades de la UE. En todo caso se invocan también los beneficios económicos y de creación de empleo que, supuestamente, se iban a derivar de la disminución de autorizaciones; pero haya o no haya tales beneficios - y desde la Directiva 2006/123/CE todo ha ido a peor sin que se haya visto ningún efecto beneficioso todavía - las autorizaciones de que se trata no tenían como objetivo directo e inmediato la economía propiamente dicha, aunque quitar o poner autorizaciones pueda afectar positiva o negativamente a la economía, pero no tienen la misma como objeto directo y principal, aunque en la Directiva Bolkenstein se aludiera a los beneficios supuestos de la misma para el empleo y la economía.

Quiere decirse con todo ello que lo que se pretende examinar ahora son Instituciones económicas en sentido objetivo que tengan como objeto propio, directo e inmediato la economía y sus instituciones centrales: el mercado y la competencia. Por ello se prescindirá aquí del examen de otras técnicas, instituciones o ámbitos con incidencia en la economía, pero que no se refieren a dichas instituciones centrales económicas.

Por otra parte lo que no se vea aquí, en ésta lección - por no referirse estrictamente a las Instituciones centrales económicas, aunque afecte directa o indirectamente a la economía - se va a ver en las siguientes lecciones, puesto que industria, comercio, infraestructuras, etc. son sectores específicos con gran influencia en la economía del país, pero no tratan de

regular tales instituciones económicas centrales, aunque la regulación de cada sector específico tenga un enorme impacto en la economía, pero tal regulación se dirige a otros fines.

Quiere decirse que el objeto de nuestro análisis aquí son las medidas de los poderes públicos que tienen que ver con las Instituciones económicas propiamente dichas: es decir las que tiene que ver y pretenden regular el mercado, la competencia y la libertad de empresa. Estas instituciones, centrales y básicas de la economía, son el objeto de esta lección. Y lo son en la perspectiva de cómo los poderes públicos regulan y ordenan el mercado, la competencia y la libertad de empresa por una parte.

Pero, además de ello, junto al mercado la competencia y la libertad de empresa, se hará alguna reflexión sobre los presupuestos del Estado en cuanto elemento básico de la política fiscal que es uno de los instrumentos públicos de política económica, junto a la política monetaria y la política cambiaria (éstas últimas en manos ya de la UE) y, en relación con los presupuestos y con la política fiscal, se ha de considerarse muy especialmente el principio de estabilidad presupuestaria que se ha elevado hoy a nivel constitucional con la reforma del artículo 135 de la Constitución.

Así pues en este apartado se van a examinar por una parte el mercado y la competencia que presuponen la libertad de empresa y las medidas públicas que les afecten (2.2.2A) y, por otra parte, el presupuesto y el principio de estabilidad presupuestaria recogido en el artículo 135 de la CE²⁵ (2.2.2B).

2.2.2.A Mercado, competencia, libertad de empresa y regulación económica.

²⁵ 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 Estado –o poderes públicos en general– o con 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, por ejemplo) que ponen de manifiesto que libertad económica e intervención pública no dejan de ser caras de una misma moneda.

En lo que hace a nuestro país la desconfianza hacia la solvencia de las entidades financieras como consecuencia de la burbuja inmobiliaria está en el origen de la desconfianza en la deuda soberana, pues los mercados descontaban que el Estado tendría que acudir al rescate de una buena parte del sistema con lo que tendría que elevar sustancialmente su deuda pública –que era de las mejores de la Unión– razón por la cual la prima de riesgo llegó a escalar hasta límites inasumibles. Solo las declaraciones del Presidente del Banco Central Europeo en julio de 2012 permitieron un cierto alivio de la presión. De nuevo pues –y al margen de los excesos que tuviera el propio sector público– la economía privada o, para ser más exacto, el sector financiero es el que básicamente ha contagiado a los poderes públicos. **Libertades económicas y actuación pública están, pues, interrelacionadas.**

§ 11. 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 mínimo suficiente de demandantes y oferentes de bienes y servicios y condiciones de transparencia y de acceso de todos a las informaciones relevantes.

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 como derecho subjetivo. 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 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. Desde luego el mercado presupone la libertad de empresa y de profesión u oficio; restricciones injustificadas en estas libertades supondrían alteración del mercado al no permitir la presencia de todos los titulares de derechos e intereses.

La perspectiva que aquí centra nuestra atención no es la del derecho fundamental a la libertad de empresa en sí mismo, sino solo en la medida que es un presupuesto del mercado. Por ello vamos a centrarnos en el mercado mismo y lo vamos a hacer desde la perspectiva de la intervenciones administrativas en él. Es decir no nos interesa el mercado desde la perspectiva de las ciencias económicas, sino el mercado desde la perspectiva de las intervenciones que en el mismo pueda hacer la Administración para ordenar el mercado como tal.

En principio parecería una contradicción hablar de intervención en el mercado pues el mercado se presenta como algo espontáneo y libre, donde oferentes y demandantes ofrecen e intercambian sus propuestas sobre bienes y servicios. La Administración podría pensarse que debe estar ausente de esa institución natural que debe operar libre de interferencias externas a su propia dinámica espontánea; y libre, por tanto, de toda intervención pública.

Ello no es así sin embargo. Desde el derecho romano, y en derechos más antiguos como en Egipto, por no citar más que un ejemplo, las distintas manifestaciones del poder

público estaban presentes en el mercado. Todavía hoy denominamos “ediles” a los concejales que era el nombre de un tipo especial de magistratura romana. Ediles eran los cargos que en la antigua Roma, vigilaban las transacciones en los mercados en relación con pesas y medidas y otros aspectos del comercio, además de ocuparse de otras cosas de la ciudad.

Es un hecho conocido que el funcionamiento del mercado necesita imprescindiblemente de los poderes públicos: desde la fuerza pública que evita los robos y las discusiones, hasta una justicia que resuelva las discrepancias. La economía no puede funcionar bien sin instituciones externas a ella que le den seguridad y estabilidad.

Ahora bien lo que aquí queremos examinar no son intervenciones periféricas al mercado mismo, por importantes y necesarias que sean, sino intervenciones de los poderes públicos que tienen que ver con la garantía de la existencia misma del mercado como tal y con su funcionamiento; dirigidas, por tanto, al corazón mismo del mercado: corazón que no es otro que lograr que exista en él una competencia real y efectiva.

La defensa de la competencia y las políticas anti-trust y la regulación económica suponen intervenciones de los poderes públicos que se dirigen al corazón del mercado: a la preservación y mantenimiento de condiciones de mercado y de la competencia o a permitir la existencia de mercados allí donde de modo natural no pueden existir (regulación económica). En definitiva también se dirigen, no a preservar y mantener un mercado que existe de forma natural dejado a la propia libertad y espontaneidad de las fuerzas económicas, sino a crear y hacer posible un mercado, a través de la regulación de determinados sectores (como se verá en c), en los que de forma natural no existen condiciones para que haya un mercado en competencia, generalmente por tratarse de bienes y servicios en los que se dan las características de monopolio natural.

Así pues en el presente apartado vamos a examinar la ordenación y regulación del mercado y la competencia - y la intervención en ellos de las Administraciones públicas -, empezando por examinar los preceptos del Derecho de la UE y de la CE que se refieren al Mercado (a), para examinar después las intervenciones públicas que preservan y garantizan los mercados existente (b) o bien lo crean allí donde ni puede existir de modo natural o el que existe no responde a la idea de mercado (c).

a. Las normas sobre el mercado.

En relación con la regulación e intervención que se va a considerar, lo primero es contemplar los preceptos que nos obligan a tener en cuenta el mercado como un elemento

relevante de nuestro sistema económico. No sólo la CE en el artículo 38 se refiere al mercado de forma explícita cuando habla de la libertad de empresa en una economía de mercado, sino que también lo hace cuando habla de la libertad de profesión u oficio ya que si existe libertad en ese ámbito es porque cada uno ejerce su profesión u oficio suponiendo que compite con los demás en el mercado.

A la misma idea responden las previsiones de la UE; 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»*. Lo mismo puede decirse 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 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»*.

Se puede tener derecho subjetivo a la libertad de empresa, pero es preciso además 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 empresa²⁶, 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 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; mercado que se erige así en restricción de una libertad de empresa inicial.²⁷.

²⁶ Por todas STC 195/1996 de 28 de noviembre. Fj 11.

²⁷ Cuando la empresa Microsoft, con posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos (Windows en sus distintas versiones) que nadie cuestionaba en cuanto a su legitimidad, ejerció su libertad para vender a los compradores de sus sistemas operativos, 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

El mercado impone sus exigencias a la libertad de empresa para impedir, por ejemplo, los monopolios de facto. 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 de los agentes en él presentes, pero también en 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 libertad, 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.

Finalmente en esta aproximación a las intervenciones dirigidas al mercado mismo debe hacerse alguna referencia a la regulación económica, es decir a la intervención pública en algunos sectores que presentan condiciones de monopolio natural en los que es preciso una acción preventiva de los poderes públicos para crear condiciones de mercado o para llegar al mercado. Se trata de lo que se denomina regulación económica que se da en los llamados sectores regulados.

b. Intervenciones públicas que preservan y garantizan los mercados existentes

La intervención directa en el mercado con la finalidad de garantizar su preservación y evitar alteraciones en el mismo se produce a través de lo que podríamos denominar en sentido amplio la defensa de la competencia. En sentido amplio porque esas técnicas de defensa de la competencia comprenden a los efectos de esta exposición - pues en la doctrina y en el Derecho comparado su presentación tiene muchos y variados matices - la defensa de la competencia, la lucha contra los monopolios (legislación anti-trust) y las ayudas de Estado.

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.

La primera actividad, por tanto, que debe estudiarse y distinguirse en cuanto puede solaparse con las analizadas a lo largo de la presente lección es la defensa de la competencia en la que se pueden integrar a efectos de exposición la lucha contra los monopolios y las ayudas de Estado por cuanto las mismas pueden implicar una distorsión de las reglas de la competencia. Tal tarea del Estado – la defensa de la competencia en este sentido amplio – ha sido una de las más importantes actividades que en España se han comenzado a desarrollar a partir sobre todo de la entrada de España en la UE, aunque no fuera desconocida antes, pero sin la importancia que hoy tiene y que sigue teniendo.

Cada vez es más importante el papel que desarrollan las Administraciones Públicas en materia de defensa de la competencia, si bien hablamos de Administraciones Públicas independientes y singulares respecto al funcionamiento y modo de ser normal de las demás Administraciones Públicas. El recordatorio de que son Administraciones públicas pretende hacer patente por qué en un curso de Derecho Administrativo tratamos de la defensa de la competencia. Y lo hacemos porque es una Administración pública la que aplica la Ley y en el marco de tal aplicación toma decisión en las que siempre hay un margen de discrecionalidad en el uso de potestades y competencias. Y lo tratamos en un curso de Derecho administrativo porque las decisiones de un órgano administrativo conforma de manera sustancial una Institución fundamental del orden económico cual es el mercado.

Debe comenzar por subrayarse una cierta paradoja: en los dominios del mercado y de la libertad de empresa, se instala la Administración por independiente que sea. La paradoja consiste en que el mercado se reclama del mundo de la espontaneidad y del funcionamiento natural de las cosas –la oferta, la demanda y la supuesta mano invisible del mercado que todo lo arregla– sin interferencias de nadie y menos del Estado planificador o interventor. Pero he aquí que los poderes públicos constatan el dato conocido de que los mercados no son siempre perfectos. Es más, casi nunca existe ese ideal de mercado perfecto. Ante esa constatación el Estado ha asumido el papel, la función, de ser el garante del mercado en aquellas situaciones en que el mercado eventualmente no funciona.

Lo que hace el Estado y, en concreto, las Administraciones establecidas a tal efecto, es tratar de que el mercado funcione con arreglo a la idea misma de mercado, de forma que en aquellas situaciones en que por fallos del mercado – o por conductas dolosas de sus agentes – las cosas no suceden como debían, se toman medidas por los organismos de defensa de la competencia para que el mercado funcione como idealmente debía hacerlo.

La paradoja reside en que en el reino de la espontaneidad que es el mercado se hace necesaria la introducción de normas y vigilantes públicos porque la espontaneidad puede

permitir el abuso y la degradación misma del mercado. El mercado necesita al Estado. El Estado también necesita al mercado para que cumpla su papel.

En nuestro país en la legislación de defensa de la competencia se comprende tanto las prácticas que violan la competencia como la lucha contra los monopolios en el momento de producirse las concentraciones de empresas o en el momento en que las empresas abusan de su posición de dominio. Las ayudas de Estado, primas hermanas de la defensa de la competencia, tienen una regulación propia por mor de la influencia del Derecho de la UE.

i. **Defensa de la competencia y lucha contra los monopolios.**

§ 12. El concepto de defensa de la competencia comprende una serie de situaciones que obliga a la Administración competente en materia de competencia a desplegar sus potestades de intervención. Entre las **actividades relevantes en materia de defensa de la competencia** puede distinguirse, en primer lugar, una serie de conductas que la LDC considera prohibidas cuya vigilancia, remedio y sanción corresponde al CNMC o a los organismos equivalentes a nivel autonómico (-). También le corresponden competencias en materia de concentraciones de empresas sin perjuicio de la competencia que corresponde al Consejo de Ministros para autorizar la concentración (-) . Finalmente también le compete la competencia en materia de ayudas públicas para emitir informes sobre dichas ayudas y proponer medidas a las Administraciones públicas para el mantenimiento de la competencia a la vista de tales ayudas (-).

⇒ Conductas prohibidas que determinan la intervención de la CNMC.

§ 13. En relación con las **conductas prohibidas** pueden clasificarse en conductas colusorias, abuso de posición dominante y actos desleales que falseen la competencia.

➤ **Las conductas colusorias** a que se refiere el artículo 1 LDC pueden ser de diverso tipo pero se describen como los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o

parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- ✓ La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- ✓ La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- ✓ El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- ✓ La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- ✓ La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

El régimen de la Ley no excluye que puede haber supuestos de acuerdos que no caigan bajo la prohibición por los efectos beneficiosos que puedan tener en la mejora de la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (art. 1 de la LDC), pero siempre que se den tres condiciones: que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y, que no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. El Gobierno puede establecer por Real Decreto otros supuestos

➤ **El abuso de posición dominante** consiste en aprovecharse una empresa de dicha posición de dominio en todo o en parte del mercado con actos como:

- ✓ La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- ✓ La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- ✓ La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- ✓ La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

- ✓ La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

El abuso de posición dominante tiene que ver con la lucha antimonopólica, con la peculiaridad de que no ataca el monopolio mismo (la situación de dominancia presupone, si no un monopolio, una situación semejante), sino conductas de abuso de la posición de dominio. Ello significa que una posición de dominio no está prohibida si no se concreta luego en prácticas de abuso.

Otra cosa es que con motivo de la concentración de empresas la legislación adelante las medidas anti-trust, como se verá de inmediato, sometiendo la concentración a la previa aprobación de la CNMC y del Gobierno.

➤ **La concentración de empresas**

§ 14. La concentración de empresas es otro de los supuestos que determinan la intervención de la Administración pública a través de la CNMC y a través del Gobierno. Durante mucho tiempo **las concentraciones de empresas** no quedaba comprendidas expresamente en los supuestos previstos en el Título correspondiente del TFUE, si bien la jurisprudencia las fue situando en el ámbito del abuso de posición dominante por razón de que las concentraciones de empresas, se decía, son la antesala del abuso. Ciertamente ello es así, pues una concentración de dos empresas que compiten en el mercado y que mediante la concentración llega a tener casi el 40% de la cuota del mercado de que se trate, se colocan en condiciones de actuar con indiferencia respecto a lo que hagan sus competidores o los consumidores, subiendo precios o desplazando a los competidores del mercado con otras prácticas que sólo pueden estar al alcance de quienes ostentan una posición tan sólida.

De ahí que casi desde el principio la UE -y España en cuanto comenzó a tratar con seriedad los temas de competencia a partir de la entrada en la UE-, hayan regulado la cuestión de las concentraciones.

En el caso de la Unión la regulación comienza con reglamentos sobre concentraciones que se hacen eco de la jurisprudencia comunitaria sobre abuso de posición dominante al amparo del artículo 102²⁸ del TFUE para, sin embargo, dar un paso más con

²⁸ Así lo reconocía en sus considerandos 6 a 8 el **anterior Reglamento de concentraciones nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989:**

la publicación de un reglamento de concentraciones. En el caso de España la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia ya previó la cuestión de las concentraciones como ahora lo hace también la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio.

Se someten a control previo las concentraciones en que se de alguna de las circunstancias de que o bien como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incrementa una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio²⁹ -en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo- o bien el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

En el artículo 7 de la LDC se define la concentración económica como todo cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes o b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas o c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

En el artículo 8 de la LDC se prevén los supuestos³⁰ en que se aplica el procedimiento de concentraciones previsto en los artículos. Las concentraciones económicas deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución y no

6. Considerando que los artículos 85 y 86, aunque aplicables según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a determinadas concentraciones, no son sin embargo suficientes para incluir todas las operaciones que pueden resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado;

7. Considerando que, por consiguiente, es preciso crear un instrumento jurídico nuevo, en forma de Reglamento, que haga posible un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único aplicable a tales concentraciones;

8. Considerando que dicho Reglamento debe, por lo tanto, basarse no tan sólo en el artículo 87 sino principalmente en el artículo 235 del Tratado, en virtud del cual la Comunidad puede dotarse de los poderes de acción adicionales necesarios para lograr sus objetivos, igualmente en lo que se refiere a las concentraciones en los mercados de productos agrícolas enumerados en el Anexo II del Tratado;

²⁹ “salvo que en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo” (art. 8.1 a) LDC).

...

³⁰ Se aplica cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración de acuerdo con el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.

Todo ello en el supuesto de que la concentración solo afecte al ámbito español, pues si no fuera así se hace necesaria la intervención de la Comisión de la UE dado el reparto de competencias entre la UE y el Estado en función de la relevancia nacional o comunitaria de la concentración³¹.

La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional, atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos: a) la estructura de todos los mercados relevantes, b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional, d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados, f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate, g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas, h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incrementara una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Las obligaciones previstas en la LDC no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento.

³¹ Ello no obstante de acuerdo con el artículo 9 del Reglamento (CE) No 139/2004 la Comisión puede aun siendo de competencia de la Unión remitir el asunto a las autoridades nacionales

Por su parte el Consejo de Ministros puede hacer su valoración atendiendo a otros intereses³².

El procedimiento puede concluirse en una o dos fases por la CNMC o puede dar lugar a la intervención del Consejo de Ministros cuando, en la segunda fase la decisión de la CNMC consista en prohibir la concentración o subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.

Como se ve en el corazón de las decisiones económicas de las empresas se exigen determinadas intervenciones administrativas que tiene que ver con la defensa del mercado y la competencia.

➤ **Competencia desleal.**

La LDC no describe supuestos de **competencia desleal** pero en su artículo 3 se remite a los previstos en la Ley 3/1991 de 10 de enero en la que se van describiendo distintas clases de actos de competencia desleal que comienza por una cláusula general que incluye toda conducta contraria a las exigencias de la buena fe. Además de ello se describen conductas tales como los actos de engaño, los actos de confusión, las omisiones engañosas, las prácticas agresivas, los actos de denigración, los actos de comparación, la explotación de la reputación ajena, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, las ventas a pérdida o la publicidad ilícita.

En todos esos supuestos la CNMC podrá conocer de ellos, siempre que por alterar la competencia afecten al interés público. Quiere con ello decirse que al margen de las acciones civiles que de acuerdo con la Ley 3/1991 puedan corresponder a los competidores afectados (dejando al margen la defensa que corresponda a los consumidores e interesados), lo lesionado no son los intereses privados de los mismos sólo, sino el interés público que consiste en la defensa del mercado. De ahí la intervención de un órgano administrativo como es la CNMC.

➤ **Ayudas de Estado.**

³² a) defensa y seguridad nacional, b) protección de la seguridad o salud públicas, c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, d) protección del medio ambiente, e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

§ 15. **Las** ayudas de Estado están íntimamente ligada con la defensa de la competencia en la medida en que dichas ayudas pueden distorsionarla si no se justifica por qué se apoya desde los presupuestos del Estado con subvenciones, ventajas fiscales, etc. a unos sectores o empresas respecto de otros; o a unos territorios respecto de otros. La presencia de los poderes públicos en las ayudas de Estado ha determinado sin embargo que se traten en apartados distintos del derecho de la competencia en sentido estricto, pero la razón de su regulación no obedece a otra cosa sino a las distorsiones de la competencia que tales ayudas pueden provocar.

Las ayudas de Estado o ayudas públicas en general constituyen una práctica muy extendida y, además, una práctica muy útil a través de la cual los Estados dirigen la economía tratando de corregir determinadas inercias negativas. Ocurre sin embargo que ayudas públicas, de una parte, y mercado y libre competencia, de otra, no siempre caminan en la misma dirección. Desde luego hay supuestos en los que las ayudas públicas sirven a fines bien nobles con los que es difícil no estar de acuerdo, pero en otros casos es preciso examinar si es justo ayudar a unas empresas o zonas territoriales que compiten con otras y, en cambio no ayudar a éstas últimas.

El tratamiento de las ayudas públicas es, así, un capítulo del Derecho de la competencia. Lo es en la LDC en cuyo artículo 11 se atribuyen competencias a la CNMC si bien de carácter consultivo e informativo.

Lo es también en el [TFUE en que se trata de las ayudas de Estado en los artículos 107 a 109](#) comprendidos dentro de la sección segunda del capítulo primero (Normas sobre competencia) del Título VII del Tratado. Es parte por tanto de la competencia con la particularidad de que quien puede alterar la competencia con las ayudas es un Estado y no las prácticas de los particulares.

Lo cierto es sin embargo que las ayudas de un Estado pueden comprometer las libertades comunitarias y la existencia de un auténtico mercado interior que se distorsiona si los productores de bienes y servicios de un Estado compiten en desiguales condiciones con los de otros que reciben ayudas públicas de ese Estado o de sus regiones o corporaciones locales.

En todo caso es evidente que hay razones que justifican las ayudas de Estado; así se reconocen en el artículo declarando compatibles con el mercado interior las ayudas siguientes:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división;

Por otra parte pueden llegar a ser declaradas compatibles las ayudas previstas en el artículo 107.3 TFUE;

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

El capítulo tercero de la LDC se ocupa de las ayudas públicas y en ese campo la Comisión Nacional de la Competencia puede analizar los criterios de concesión de las ayudas desde la perspectiva de la competencia con el fin de emitir informes y dirigir recomendaciones a los poderes públicos. Sin perjuicio de la eventual participación complementaria de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la emisión de informes con respecto a las ayudas que concedan las Administraciones autonómicas y locales en el ámbito territorial de su competencia. En todo caso sin perjuicio del sistema de control por parte de la Comisión Europea previsto en la normativa comunitaria.

Esas funciones pueden ser más amplias de las que se pueda deducirse de la referencia a informes y consultas en la medida en que el artículo 5.4 de la Ley 3/2013 apodera a la CNMC para *“impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”*.

- c. **Intervenciones públicas para crear o hacer posible el mercado allí donde ni existe o puede existir de modo natural o el que existe no responde a las exigencias de la idea de mercado.**

§ 16. Las funciones de defensa de la competencia han sido encomendadas a Administraciones especializadas - organismos de defensa de la competencia ya se llamen Tribunales de Defensa de la competencia o Comisiones de defensa de la competencia - que operaban tradicionalmente en mercados en que la competencia era un dato de la realidad y solo se trataría de poner remedio ex post a conductas patológicas no mayoritarias que alterasen esa realidad.

Pero nada de eso ocurre en “mercados” como la energía o las “telecomunicaciones” (sectores regulados) en los que se parte de que en la realidad tales mercados no pueden existir como tales mercados, si se les deja entregados a su propia dinámica. Y no pueden existir porque estamos ante actividades abocadas al monopolio por tratarse, entre otras cosas, de actividades en red que la práctica y la doctrina considera como las propias de “monopolio natural”. La propia actividad en red (con las economías de escala que procuran al competidor titular de la “red” más amplia, que resulta así imbatible), los enormes costes hundidos que es preciso efectuar para iniciar la actividad (que limita de entrada el número de competidores) y la existencia de recursos limitados o las limitaciones que imponen el medio ambiente o la ordenación del territorio (no se pueden tender líneas de ferrocarril por todo el territorio - o líneas de alta tensión - repetidas indefinidamente que cubran los mismos destinos), abocan éstas actividades al monopolio u oligopolio; en definitiva a la negación del mercado y sus virtudes.

En estas actividades no se trata, entonces, de corregir patologías o desviaciones de una fisiología o una morfología normal en la que el mercado ya existe de modo natural y en que sólo se trata de corregir eventuales excesos. Por el contrario la regulación de lo que trata, en estos ámbitos (energía, telecomunicaciones, sector postal, ferroviario, etc.), es de

forzar el curso natural de las cosas para que aquello que de modo natural está abocado al monopolio, pueda llegar a ser un mercado propiamente dicho. La regulación pretende en cierta medida deformar el ser y la esencia natural de las cosas para construir un mercado, allí donde de modo natural no podría haber mercado. De ahí la intervención *ex ante* que caracteriza la regulación en estos sectores y la exigencia de reguladores específicos, bien distintos, en principio, del Organismo encargado de corregir *ex post* (el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia o la antigua Comisión Nacional de la Competencia) las patologías de funcionamiento de los mercados que funcionan de modo natural y espontáneo desde el principio, como tales mercados³³.

Los instrumentos del Derecho de la competencia, que parten de la libertad de empresa y de la intervención *ex post* con apelación a instrumentos sancionadores propios de esa intervención *ex post*, son inadecuados para unas autoridades reguladoras que tienen que anticiparse a denuncias de infracciones para adoptar medidas que lleguen a hacer que sea posible un mercado que por sí solo no puede ni nacer ni florecer.

La mezcla de instrumentos, perspectivas y métodos en un mismo órgano —la CNMC— no puede más que ser negativa, pues el principio de la intervención *ex post* y el respeto inicial a la libertad de empresa que inspira el derecho de la competencia, acabará siendo contaminado por la cultura intervencionista *ex ante* de una Autoridad que debe satisfacer, preventiva y urgentemente, la necesidad de establecer reglas, mecanismos, técnicas, procedimientos, métodos, etc., que hagan posible que llegue a existir mercado y competencia allí donde, sin tales mecanismos, es imposible que exista.

Centrándonos en el objetivo final común de las Autoridades de competencia y de las Autoridades de regulación de garantizar la existencia de mercados y de competencia, sus instrumentos y momentos de intervención son muy diferentes. La regulación trata de conseguir que haya mercado allí donde de forma natural el mercado no existe y por eso la misión de las Autoridades regulatorias impone desde el principio obligaciones que violentan la tendencia natural de las cosas que más bien no es a favor del mercado. Las obligaciones de interconexión o acceso de terceros a las redes y la intervención administrativa decisiva en la fijación de tarifas de acceso son un buen ejemplo de la adopción de medidas obligatorias que son condición misma para que un mercado exista. Las intervenciones regulatorias se realizan *ex ante* y exigen determinación e imposición de obligaciones a los operadores.

³³ La unificación hoy en un único organismo de las funciones de defensa de la competencia y las funciones de regulación podría dar la impresión, aunque no sea así, de haber difuminado los límites entre la defensa de la competencia y la regulación económica. Mas abajo se verán las diferencias que siguen subsistiendo.

Todo lo contrario de lo que ocurre con las Autoridades de defensa de la competencia que parten de la existencia de mercados en que de forma natural y espontánea existe la competencia, pero en los que pueden darse situaciones que tiendan a destruir o menoscabar esa competencia que de forma natural existe.

En el ámbito de la defensa de la competencia se trata de impedir y sancionar conductas prohibidas; en el ámbito de la regulación se trata de imponer conductas y reglas para que lo que de forma natural y espontánea no funciona como mercado acaba funcionando como tal.

La posición de las Autoridades de defensa de la competencia es no intervenir en principio en un mercado que debe quedar entregado a su propia dinámica y, por ello, son respetuosas con el devenir del mercado y con la libertad de particulares y empresas. Esa cultura de respeto y abstención se rompe cuando empresas y operadores, al abusar de sus derechos y de su libertad de empresa, comprometen el mercado mismo y desbordan los límites de sus derechos; en tales circunstancias la Autoridad debe intervenir para sancionar lo que está prohibido. Pero interviene ex post para analizar y en su caso sancionar y acabar con una conducta concreta ya realizada que debe considerar.

En el ámbito de la regulación de lo que se trata, en cambio, es de imponer conductas, medidas, modos de actuar y obligaciones a las empresas, que se consideran —todas ellas— prospectivamente necesarias para que exista mercado; porque, sin tales obligaciones, el mercado y la competencia no podrán existir. La posición de las Autoridades de regulación es intervencionista y preventiva, ya que no espera a ver que conductas se dan en el mercado, sino que trata de establecer ex ante cómo deben comportarse los competidores; y lo hace ex ante porque sin su predeterminación previa, sin su intervención previa, el mercado no existirá, pues se trata de sectores que de modo natural tienden en su funcionamiento a negar la competencia y el mercado; ello exige imponer de antemano reglas y obligaciones que se prevé o pronostica que van a permitir que el mercado pueda existir. Incluso imponer obligaciones anti-natura, como es la de desnaturalizar el derecho de propiedad (por buenos motivos) obligando, por ejemplo, al titular de la misma a compartir toda su utilidad con los demás, incluso con sus competidores, como ocurre con el acceso de terceros a las redes. La cultura de las Autoridades de regulación es, así, intervencionista y preventiva; y no lo es primariamente para sancionar —aunque puedan acabar haciéndolo— hechos prohibidos, sino para imponer obligaciones primarias y reglas primarias de comportamiento antes inexistentes, pero que se consideran indispensables para que haya mercado—.

Ambas culturas son en alguna medida contradictorias, aunque persigan un mismo fin último, pero con medios diferentes.

2.2.2.B El principio de estabilidad presupuestaria y el presupuesto

§ 17. Si el mercado constituye una Institución central de la vida económica, la política fiscal que se manifiesta en los presupuestos del Estado a través de los ingresos y de los gastos constituye otro de los elementos centrales de la vida económica. No puede dudarse por nadie de que el papel conformador, corrector o de acompañamiento de la economía de un país que desarrollan los Estados tiene su más alto exponente en los presupuestos del Estado.

La primera pregunta que podemos hacernos es por qué tratar la cuestión de la Ley de presupuestos en el presente curso de Derecho administrativo, cuando puede parecer que es una cuestión ya sea de carácter constitucional, ya sea de carácter financiero y tributario que tiene más que ver con el legislador que con el ejecutivo y la Administración.

Desde luego no puede negarse la dimensión legal que el asunto tiene y la necesidad de abordarlo desde más de una rama del Derecho. Si se aborda desde el Derecho administrativo la razón no obedece a otra cosa, sino a la importancia que el Ejecutivo y la Administración tienen tanto en la elaboración misma de la Ley de Presupuestos, como en su ejecución y aplicación; fase esta de concreción de las políticas públicas por la Administración que, si bien queda condicionada en buena medida por las previsiones presupuestarias, también le ofrecen a la Administración márgenes importantes de concreción de las políticas públicas en que se concreta la política económica del Estado.

La Ley de presupuestos no es una Ley cualquiera como se puede comprender con la simple lectura del concreto artículo 134 de la Constitución que comienza ya por manifestar la primera singularidad de esta específica Ley, cuando atribuye en exclusiva al Ejecutivo la elaboración de los presupuestos, a diferencia de las demás Leyes, y encomienda a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación. La segunda peculiaridad de los presupuestos se manifiesta en la necesidad de que el Gobierno de su conformidad a la tramitación de cualquier enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestados. Finalmente la última peculiaridad descansa en su carácter anual por una parte y por otra en la prórroga automática de los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

Todas esas manifestaciones de la singularidad de los presupuestos subrayan la importancia que los Ejecutivos tienen en el proceso de elaboración del presupuesto frente a cualquiera de las demás leyes ordinarias.

Por otra parte esas singularidades, que se concretan en el importante peso del Ejecutivo en relación con los presupuestos, no se limitan a las que se recogen en el artículo 134 de la CE, pues la Ley 47/2003 General presupuestaria de 26 de noviembre desarrolla el papel del Ejecutivo en relación con las Leyes de Presupuestos y en los artículos 60 a 63 recoge las competencias del Gobierno, del Ministro de Hacienda y de los Ministros en relación con las modificaciones presupuestarias.

Estamos pues ante una Ley bien singular en la medida en que en su aplicación el Gobierno y la Administración gozan de importantes márgenes de configuración que distan de asignarles un papel de meros ejecutores de lo aprobado por las Cortes Generales.

Los presupuestos se presentan en la LGP como *“la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal”*. La definición estrictamente técnica de lo que son los presupuestos del Estado no pueden ocultar que esas cifras – cifras en cuanto números, no en cuanto ocultamiento o cifrado – son la expresión de la política fiscal del Gobierno que aprueba y enmienda el Parlamento en los términos que se han visto. En definitiva los Gobiernos no se limitan a adicionar las previsiones de ingresos y los gastos de los distintos organismos y entes públicos, sino que tanto los ingresos como los gastos pasan por una elaboración en la que el Gobierno, teniendo en cuenta los escenarios presupuestarios que corresponden a las previsiones de evolución de la economía tratan de corregir su curso, reforzarlo o mantenerlo con medidas que inciden en los ingresos (aumentando o disminuyendo unos u otros tributos) y en los gastos (con medidas de estímulo o de austeridad según las necesidades de la coyuntura).

Las cifras del presupuesto no son la expresión de una inercia sucesiva y acumulativa de los gastos e ingresos de años anteriores, sino que son el resultado de tomar decisiones en un sentido u otro de política fiscal con voluntad de incidir en la economía.

Pues bien en ese contexto se comprende la importancia de las medidas de ejecución de los presupuestos y la importancia de los Ejecutivos en la propia elaboración de los mismos. Dicho eso no puede dejar de señalarse un principio básico de la elaboración de los presupuestos que ha sido elevado al máximo nivel constitucional con la reciente reforma del artículo 135 de la CE en septiembre de 2011: el principio de estabilidad presupuestaria.

En realidad el principio estaba vigente desde la incorporación a la moneda única y previsto desde el propio Tratado de Maastricht que puso en marcha el proceso de establecimiento de tal moneda única: el euro. Antes de la reforma del artículo 135 de la CE ya se habían aprobado leyes o adoptado decisiones que trataban de implementar el principio de estabilidad presupuestaria.

Esas decisiones venían ya condicionadas por el pacto de estabilidad de la UE y por las normas que a ese respecto se habían dictado en nuestro país³⁴. La situación del déficit público en el año 2010 y 2011, así como las previsiones para 2012³⁵ por una parte y las presiones de los mercados en las emisiones de deuda, por otra, han llevado primero a una reforma constitucional de calado del [artículo 135 CE en septiembre de 2011](#) para introducir en la propia Constitución el principio de estabilidad presupuestaria y, después, a la aprobación de la Ley orgánica prevista en el nuevo artículo 135 que fija la cuantía del déficit y establece la metodología de su cálculo³⁶.

Una de las consecuencias de la Ley Orgánica 2/2012 radica además en el hecho de que la CE remite en dicho artículo a la Ley orgánica determinadas atribuciones que condicionan y afectan incluso a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas y condicionan la acción de todas las Administraciones públicas. En efecto de acuerdo con lo que dispone la [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera \(LOES\)](#), se pueden distribuir los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, establecer los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse. Del mismo modo dicha Ley orgánica determina la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad

³⁴ La vigente es el Real Decreto Legislativo 2/2007 de 28 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, la 134/2011, de 20 de julio de 2011 desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria.

³⁵ El déficit público español en mayo de 2010 había superado los dos dígitos (11,4 del PIB), si bien las medidas adoptadas en aquel momento, entre ellas la reducción de las retribuciones de los funcionarios han supuesto una importante reducción de dicho déficit. En todo caso el aumento del diferencial de las emisiones de Deuda pública en relación con Alemania, hacen más difícil el logro del compromiso de reducción del déficit.

³⁶ En todo caso las leyes previas de estabilidad presupuestaria, dictadas en desarrollo del Tratado de la CE y del pacto de estabilidad - y de otros instrumentos en su desarrollo - ya habían fijado límites al déficit público y a la deuda pública. La novedad ahora consiste en llevar el principio a la Constitución misma y en deferir a la Ley orgánica su fijación.

de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

No cabe duda de la importancia del principio de estabilidad presupuestaria y de lo necesario que es que todas las Administraciones se sujeten al mismo. Puede ponerse en duda, en cambio, que los límites de déficit y deuda sean más estrictos que los previstos en el pacto de estabilidad, así como el criterio de distribución de dichas magnitudes ente Estado, Comunidades autónomas y Corporaciones locales.

La objeción mayor que puede hacerse a la LOES radica en que ha extendido el concepto de estabilidad presupuestaria a la idea de sostenibilidad financiera. Si la estabilidad implica un dato objetivo - que el gasto público no sea superior a las cifras fijadas de déficit o deuda perfectamente comprobables-, la sostenibilidad financiera no es una comprobación de lo que ha pasado, sino un pronóstico sobre lo que va a pasar. Es dudoso constitucionalmente hablando que la remisión a la Ley orgánica que hace el artículo 135 de la CE habilite a ésta - y a través de ella al Ejecutivo central - para adoptar medidas restrictivas sobre otros niveles de Gobierno (autonómicos y locales) que sin sobrepasar los niveles de déficit y deuda establecidos adoptan medidas que se pronostican no sostenibles; es decir que se opina que van a conducir a una situación de déficit o deuda no permitidos.

La LOES condiciona todo el actuar de las Administraciones públicas y lo ha hecho fijando unos criterios más estrictos en cuanto a los límites de déficit³⁷ y deuda³⁸ de todas las Administraciones públicas con criterios más rigurosos que los exigidos en los instrumentos normativos europeos (aunque esos límites entran en vigor el 1 de enero de 2020 de acuerdo con la disposición final séptima de la Ley) y ha establecido los principios generales a seguir en la aplicación de la Ley y definido los conceptos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera³⁹. En su virtud se han puesto en pie mecanismos mediante los cuales el Gobierno de la Nación puede aplicar medidas preventivas, correctivas y coercitivas sobre todas las Administraciones.

³⁷ El límite del déficit estructural en caso de reformas estructurales no podrá superar en el conjunto de las Administraciones públicas el 0,4% del PIB según artº 11.2

³⁸ El límite es el 60% del PIB que se distribuye entre el 44% para el Estado, 13% para las CCAA y 3% para el conjunto de las CCLL (artº 13).

³⁹ Artº 3.2 Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural.

Artº 42. Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública, conforme a lo establecido en esta Ley y en la normativa europea.

Art.11.2 2. Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales.

Las previsiones de la Ley afectan seriamente al ejercicio de las competencias propias cuando lo que esté en juego sea la superación de los límites impuestos para garantizar la estabilidad presupuestaria así como el principio de sostenibilidad financiera. Las Administraciones públicas que no cumplan las previsiones de la Ley pueden ser objeto de medidas preventivas, correctivas o coercitivas que implican una restricción de su autonomía por razón del cumplimiento de esos límites de estabilidad presupuestaria y de estabilidad financiera.

La cuestión en el momento actual consiste por una parte en saber qué margen le queda a los poderes públicos para realizar política económica y en la necesidad de que la política económica de los Gobiernos ha de moverse dentro de los límites fijados por las nuevas previsiones constitucionales y en coordinación cada vez más estrecha con las Instituciones europeas y con las demás políticas económicas de los demás países.

Las medidas preventivas, correctivas y coercitivas previstas en la Ley orgánica 2/2012 implican límites a las potestades normativas y ejecutivas de las Administraciones públicas, que pueden concretarse en medidas coercitivas y de cumplimiento forzoso de acuerdo con los procedimientos de los artículos 25 y 26 de la Ley 2/2012.

2.3.LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA: EN ESPECIAL LAS AUTORIDADES Y ENTES REGULADORES.

§ 18. 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 Europea** las competencias son, sobre todo, normativas y no consisten tanto en actos de intervención de la Administración comunitaria. Pese a ello, además de intervenciones normativas, hay también intervenciones que podríamos considerar administrativas (ello aparte de que la ejecución del Derecho de la Unión corresponda, además de a las propias Instituciones europeas que tengan atribuidas 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 administrativas o en su caso gubernativas 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 al 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 del TFUE](#)).

Finalmente, en el marco de las políticas sectoriales (agrícola, transportes, energía, medioambiente, etc.) con incidencia y relieve económico, la Unión puede 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 incomunicados sino que están en íntima relación, aunque sólo sea por ese dato orgánico.

§ 19. 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 LRBRL.

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 estatal o general del Estado** que retiene, como corresponde a las competencias que se recogen en el [artículo 149.1 de la Constitución](#), competencias 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.

§ 20. Los poderes superiores en materia de ordenación económica en el ámbito estatal convencional 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, en la **Comisión Delegada de Asuntos Económicos** y en los **Ministerios de Economía** y

Competitividad y de Hacienda y Administraciones Públicas. No puede olvidarse, una vez más, que determinados **departamentos ministeriales sectoriales** tiene un importancia primordial en la vida económica. Es el caso del Ministerio de Fomento, del de Industria Energía y Turismo, así como del de en el Agricultura, alimentación y Medio ambiente o del de Empleo y Seguridad Social o del de Educación, Cultura y Deporte.

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).

§ 21. En relación con la actividad económica no puede dejar de subrayarse especialmente la importancia que tienen determinadas organismos administrativos 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 de la actividad de regulación económica que, frente a lo que pudiera deducirse de su propio nombre, no consiste sólo en dar reglas generales, sino sobre todo 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 aparte de normas generales, se establecen 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.

En el plano territorial esa actividad de las actividades de defensa de la competencia y en su caso de regulación económica se reparte en varios niveles de organización y a tal efecto la responsabilidad sobre la defensa de la competencia, debe tenerse en cuenta la interpretación por parte del Tribunal Constitucional en su [STC 208/1999](#) sobre las competencias - en el sentido de potestades y títulos de intervención - que al Estado corresponden en relación con las que en esa materia se le reconoce a las C.C.A.A..

Al Estado sólo la legislación y en algunos casos la ejecución y a las Comunidades Autónomas puede corresponder la ejecución a partir de las competencias sobre comercio

interior que tenían asumidas en los primeros estatutos con carácter exclusivo. Exclusividad que lo era “sin perjuicio de la legislación del Estado sobre defensa de la competencia” de lo que dedujo el TC –con el voto particular en contra de cuatro magistrados– que la defensa de la competencia era comercio interior y que el Estado no podía retener la totalidad de la materia, que sólo podría encontrar cobertura en el título bases y coordinación de la actividad económica.

A partir de ahí han surgido en casi todas las CCAA organismos de defensa de la competencia, aunque su relevancia es pequeña dado que el mercado o, si se quiere, el escenario en que se desarrolla la competencia suele ser el nacional o el comunitario; son escasos los supuestos en que el mercado tiene una dimensión que sólo afecte a una Comunidad Autónoma, sin desbordarla. Por ello el papel más relevante, cuando no corresponde a la Unión Europea, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que es el organismo que en el plano nacional es competente para todas las conductas que fueran relevantes en dicho plano que obviamente son las más importantes.

Lo singular de la CNMC es que se ha reunido en el mismo competencias de defensa de la competencia y competencias de regulación que son muy diferentes en los instrumentos que utilizan y en su razón de ser y cuya fusión en un único organismo no augura nada bueno.

Por la singularidad de sus características, esa función de regulación económica se encomienda a Entidades reguladoras caracterizadas, entre otros aspectos, por la independencia mayor o menor de que están dotadas respecto del ejecutivo, aparte de respecto de las empresas reguladas. El término regulación económica debe reservarse aquí para aquellas intervenciones dirigidas al corazón del mercado y la competencia. Dirigidas a fijar precios de acceso a recursos o servicios esenciales (essential facilities), a impedir conductas que afectan a la competencia, a impedir monopolios, ayudas de estado o, en general, a determinar la organización de los diversos mercados.

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.

En cualquier caso el logro de esa independencia de las Agencias, Comisiones o Administraciones independientes cambió de sentido cuando, además de liberalizar, muchos Estados –España por ejemplo en muchos sectores– optaron por privatizar sus

empresas u organizaciones prestadoras de servicios públicos por lo que en teoría dejaba de estar interesados en beneficiar a sus empresas puesto que las había vendido⁴⁰ con lo que pudiera parecer que el Estado dejaba de ser juez y parte, pues ya no era el propietario de empresas públicas en competencia con otras privadas. En esas condiciones que la regulación correspondiera a organismos administrativos dependientes del poder público no garantizaba su imparcialidad.

No obstante, tras la privatización de dichas empresas, 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). 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; pero no puede olvidarse los peligros de una captura por los Gobiernos que podría distorsionar las intervenciones en el corazón del mercado y la competencia

Aunque los mecanismos para asegurar la independencia de los Organismos reguladores - respecto de la Administración y del sector - pueden variar. Los más comunes son los siguientes:

- 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.

⁴⁰ Es el caso de la venta de todas las acciones del Estado en Telefónica, S.A. o en Endesa.

Las Organismos de regulación han sido muy numerosos, aun cuando algunos son de regulación económica propiamente dicha (en cuanto intervienen determinando propiamente las condiciones de competencia) y otros son más bien de intervención (en cuanto pretenden garantizar con independencia otros bienes o valores, aun cuando al hacerlo tratan de no afectar a las condiciones de competencia). Entre otras pueden citarse la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, o la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia recientemente creada (en la que se han integrado la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales). En efecto, la Ley 3/2013 de 4 de junio ha acabado con esa diversidad con el pretexto del ahorro y la eficiencia⁴¹. Lo cierto es que, al margen de las reservas que formuló la Comisión Europea a ese proyecto que ya hoy es Ley, la forma cómo se ha hecho no augura nada bueno⁴².

⁴¹ Desarrollada por el reciente Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴² La Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que reduce el número de Entes reguladoras con argumentos de carácter económico relativos al coste de tener varios organismos. Son pocos los que han sido convencidos por tales razones. Puede adelantarse que, al margen de otras eventuales y espurias intenciones, consistentes en remover a los reguladores con mandato fijo nombrados en etapas anteriores, tal concentración no merece un juicio positivo. En efecto las tareas regulatorias son muy complejas y operan en sectores muy especializados –energía, telecomunicaciones, competencia, etc. – y en esas condiciones la especialización y preparación de los vocales de dicho organismo es absolutamente indispensable para que su labor sea eficaz. La concentración en un solo organismo con 9 vocales para conocer de los sectores más importantes no augura nada bueno.

1) La concentración y sus consecuencias.

Se fusiona en un único Organismo el control de actividades económicas muy diferentes entre sí y con problemáticas muy peculiares cada una de ellas en función de los sectores de la realidad económica de que se trata y en función de los objetivos que, en cada uno de ellos, se trata de garantizar. Casi lo único en común en esa baraúnda de actividades es que, en su mayor parte, habían sido objeto de una no lejana liberalización que exigía que los poderes públicos cambiasen su forma de aproximarse a las mismas. En definitiva, partiendo de su liberalización y por tanto de la libre iniciativa privada había que poner en pie una nueva función reguladora por parte de los poderes públicos. Regulación diferenciada para cada una de las actividades, como correspondía al reconocimiento de sus propias peculiaridades, que debía ser conducida por Organismo igualmente diferenciados de acuerdo con las normas europeas que han ido regulando estas actividades.

Todo eso es lo que puede quedar gravemente comprometido por concentrar en un solo organismo la toma de decisiones en ámbitos tan heterogéneos – en sus propias realidades y lógicas – que es imposible que puedan ser conocidos con una mínima profundidad por las diez personas que van ser responsables de las decisiones regulatorias. La fusión pretendida conduce al imposible conocimiento de los sectores que regulan por los encargados de su regulación; y con ello, muy probablemente, al caos y, a la postre, a la desregulación. Por no mencionar el grave riesgo, en esas condiciones, de captura del regulador.

¿Qué tienen que ver los problemas correspondientes al non nato Consejo Estatal de Medios audiovisuales o al Consejo Nacional del juego con la Comisión Nacional de la Competencia? En el ámbito de las Comisiones de la Competencia, de la Energía y de las Telecomunicaciones sus aparentes

proximidades no pueden ocultar sus grandes diferencias. Sin duda eso explica que la Unión Europea haya partido en todas sus normas en estos campos de una realidad que reconoce la existencia de distintos reguladores para cada uno de esos ámbitos.

No en vano la Comisiones de la competencia operan básicamente sobre mercados en que la competencia es un dato de la realidad y sólo se trata de combatir *ex post* las patologías que perturban esa realidad. Pero nada de eso ocurre en “mercados” como la energía o las telecomunicaciones en los que se parte de que en la realidad tales mercados no pueden existir como tales mercados si se les deja entregados a su propia dinámica. Y no pueden existir porque estamos ante actividades abocadas al monopolio por tratarse, entre otras cosas, de actividades en red que la práctica y la doctrina considera como las propias de “monopolio natural”.

No se trata, así, de corregir patologías o desviaciones de una fisiología o una morfología normal en la que el mercado existe de modo natural. Por el contrario la regulación en estos ámbitos pretende forzar, desde el principio, el curso natural de las cosas para que aquello que de modo natural está abocado al monopolio, pueda llegar a ser un mercado. La regulación pretende deformar el ser y la tendencia de las cosas para construir un mercado, allí donde de modo natural no podría haber mercado. De ahí la intervención *ex ante* que caracteriza la regulación en estos sectores y la exigencia de reguladores específicos, bien distintos del Organismo encargado de corregir *ex post* las patologías de funcionamiento de los mercados que funcionan desde el principio y por sí mismos como tales mercados.

Habría, claro, equipos y personal de apoyo ya que suprimir los existentes sería un disparate. Pero tal apoyo no evita que la falta de conocimiento de quien tiene que decidir aumente el riesgo de captura del regulador.

2) La reducción de las competencias reguladoras.

En la Ley 3/2013 funciones que hasta ahora venían ejerciendo los Organismos existentes se atribuyen a la Administración ordinaria sometida al principio de jerarquía. Con ello lo que se pone en cuestión es el principio europeo de regulación de todos los sectores afectados: configurar un estatuto de cierta independencia en la regulación económica. Independencia frente a los regulados, pero también independencia frente a los poderes públicos.

Esta última independencia tiene toda su lógica cuando se está invitando a los inversores privados a invertir y jugar en los nuevos sectores liberalizados como si lo hicieran en un mercado normal, pero en que la naturaleza de la propia actividad exige la necesaria presencia de un regulador, de un árbitro. Los jugadores tienen derecho a esperar que ni el árbitro dependa de uno de los equipos en contienda, ni dependa de un poder público que pueda condicionar sus decisiones sobre el juego en función de otros intereses ajenos al juego mismo y sus reglas.

Pues bien, el poder público puede estar interesado en condicionar las decisiones regulatorias cuando las mismas puedan afectar o de alguna forma incidir en los intereses del poder público o, más bien, de sus eventuales gestores. Hay decisiones que pueden afectar a tarifas, a la viabilidad o a los resultados de una empresa, nacional o extranjera, al empleo en las mismas, a su localización territorial, etc. en las que los poderes públicos pueden tener intereses comprensibles – electorales incluso –, pero ajenos a lo que debe ser una correcta regulación cuyo único objetivo debe ser que haya competencia y que las cosas funcionen como si se tratase de un mercado perfecto o lo más perfecto posible.

Pues bien algunas previsiones de asunción por los poderes públicos de poderes detentados hasta ahora por los Organismos de regulación, la insistencia en reconducir las competencias del único Organismo de regulación hacia tareas de supervisión o el cuidado en reducir competencias normativas de las Comisiones son una reconquista del terreno que se había entregado a las Comisiones independientes. Esa pérdida de independencia no augura nada bueno para la regulación.

La última llamada de atención la constituye la proclamación de que las competencias que tuvieran las Comisiones a extinguir que no se les reconozcan en la nueva norma corresponderán a los Departamentos ministeriales a los que estuvieran adscritas las Comisiones (dicha mención no se da para la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin duda para evitar incurrir en las observaciones formuladas por la Comisión, pero habrá que esperar a lo que diga la Ley sectorial que podría alterar las actuales competencias de la CMT en beneficio del Departamento ministerial competente. Se configura, así, una clausula residual de competencia a favor de los Departamentos ministeriales que resulta contraria al proceso de liberalización y regulación iniciado a finales de los ochenta.

El análisis de la decisión de refundir no puede ser más inquietante. También lo es el primer motivo que por primera vez se invocó amparándose en la crisis para explicar la supresión y fusión de organismos, puesto que eso nunca puede justificar esa fusión si compromete la regulación de sectores básicos para la recuperación misma de la economía y retrae la necesaria inversión en los mismos.

En último término puede latir la sospecha de si la operación no respondía también, en alguna medida, al deseo de quitarse de encima a los Consejeros heredados de la etapa de Gobiernos anteriores, aunque cada uno con sus propios orígenes en función de los criterios de nombramiento, que todavía tenían por delante

Es preciso hacer aquí una referencia al principal Organismo en materia de Defensa de la competencia y de regulación. Se trata de la CNMC que ha asumido ambas funciones – defensa de la competencia y regulación – de acuerdo con un modelo que no tiene parangón, salvo un recentísimo experimento comenzado en Holanda en 2013 que, en esta materia, no es un modelo que pueda servir de referencia. Nos detendremos, pues en la CNMC, y en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la que se le han atribuido las funciones de la [Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia \(LCD\)](#) y las que las Leyes de los sectores regulados atribuían a los distintos organismos sectoriales de cada uno de ellos (telecomunicaciones, energía, sector postal, transporte, etc.). En este sentido la CNMC reúne, por una parte, competencias de la antigua Comisión Nacional de la Competencia –que se había puesto en marcha por la Ley 15/2007 en sustitución del Tribunal de Defensa de la Competencia– y, por otra, competencias de los organismos reguladores sectoriales existentes, como la Comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), y previstos pero no creados como el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

La estructura de la CNMC se articula en el Presidente de la Comisión –que ostenta las funciones de dirección y representación de la misma y preside el Consejo– y el Consejo, que es el órgano colegiado de resolución integrado, entre el Presidente y los Consejeros, por diez miembros, todos ellos con un mandato de seis años y sin posibilidad de reelección. Finalmente es importante también el papel de la Dirección de Competencia, que realiza las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC, sin perjuicio de las tareas de la Dirección de energía, la de Telecomunicaciones y audiovisual y la de Transportes y Sector postal.

Una de las cosas más notables de la configuración de la CNMC radica en que está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la Ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Es decir, que su independencia le lleva a que se haya roto el límite de que

años de mandato. Todo ello para ejercer un pleno control de los importantes sectores económicos afectados. Si eso fuera así el panorama sería todavía más sombrío en la perspectiva de la salida de la crisis.

ni los órganos inferiores, ni los organismos dependientes de otros puedan impugnar la actividad de los órganos de que depende. A partir de la LDC la CNMC puede impugnar acuerdos del Consejo de Ministros ante los Tribunales si considera que infringen la LDC.

En cuanto a las relaciones con los órganos autonómicos debe realizarse de acuerdo con la [Ley 1/2002 de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia](#), a cuyo tenor, y sin entrar en otros aspectos de detalle, corresponden al Estado los procedimientos que tengan por objeto las conductas que alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supra-autonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. En caso contrario la competencia corresponderá a los Entes autonómicos respectivos.

Una mención final merece 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 y al que nos referiremos, sin embargo, en el siguiente apartado relativo a la política económica y monetaria y a la supervisión del sistema financiero. Baste recordar aquí que su organización se articula sobre la base del Gobernador, el Subgobernador, el Consejo de Gobierno y la Comisión Ejecutiva. Por otra parte el Banco de España no sólo tienen las funciones relativas a la política monetaria sino muchas otras relacionadas con el sistema financiero español y su vigilancia en coordinación con el Sistema europeo de Bancos centrales.

2.4.LA POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA: EL SISTEMA EUROPEO DE BANCOS CENTRALES Y LA SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO INTERNO.

2.4.1. Política económica y monetaria.

§ 22. Política económica y política monetaria se consideran en el TFUE como dos políticas distintas que confluyen al logro de los mismos objetivos en el [Título VIII de su](#)

Tercera Parte. Podría considerarse que la política monetaria es un instrumento de la política económica, al igual que lo es con carácter transversal y general la política fiscal, sólo que se ha sustantivado y diferenciado para residenciar la política monetaria en la UE y dejar a los Estados el control sobre la política económica, a la espera de concretar las competencias que corresponde y ejerza la UE.

Mediante la política monetaria, cuya gestión corresponde al Banco Central Europeo (BCE) - una institución en la que están presentes los Bancos centrales de los países de la zona euro -, se trata de garantizar la estabilidad de precios. De este forma es el BCE - y ya no los Gobiernos de los Estados - quien fija esa política monetaria para los países del Euro.

La radical transformación que se deriva de la previsión desde el Tratado de Maastricht de una unión monetaria ha transformado el panorama de nuestras instituciones y entre ellas muy notablemente el Banco de España y su independencia respecto del Gobierno.

En efecto, 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](#)⁴³- 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, si no únicas sí 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 en Maastricht 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 precios⁴⁴. Esta estabilidad aparece así en el [artículo 127 del TFUE](#) como el

⁴³ El problema constitucional de dicha independencia (consistente en saber si tal independencia es compatible con el reconocimiento en el artículo 97 de la CE de que el Gobierno dirige la política interior y exterior y la Administración civil y militar, pues si el Banco Central -el Banco de España- no puede ser dirigido por ser independiente el Gobernador, entonces parece que quiebra la previsión de dicho artículo 97 de la CE) 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 urgencia, que tenga que ver con el Banco de España, 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.

⁴⁴ La posición Alemana insistiendo en la estabilidad de precios respondía a los fantasmas de la inflación que asolaron la economía alemana entre las dos guerras mundiales. Para evitarlo se estableció el

objetivo principal del sistema europeo de Bancos centrales integrado por los Bancos centrales de todos los países.

Todo ello ha suscitado el debate acerca de la renuncia de los Estados a algo que parecía que correspondía a su soberanía y a la responsabilidad de la dirección del Gobierno. Ese es el precio de la existencia de una moneda única, que va a exigir, como se pone de relieve en estos momentos de prolongación de la crisis, que se pongan en común más instrumentos por los Estados.

Mediante la política económica los Estados deciden el importe de sus ingresos (y su origen) y el montante y, sobre todo, el destino de sus gastos y con ello pueden adoptar políticas expansivas o contractivas, así como el sentido de las mismas. Mediante la política monetaria deciden (o decidían en el pasado antes de incorporarse a la zona euro) los tipos de interés y la cantidad de dinero disponible en manos del público y con ello adoptaban políticas igualmente expansivas o contractivas⁴⁵ que en la actualidad el TFUE limita con su prioridad por la estabilidad.

Ambos instrumentos –política fiscal y política monetaria– son usados en la proporción que aconsejen las circunstancias. Hay, sin embargo, escuelas que se decantan por el uso de uno u otro instrumento de forma prioritaria. Entre los monetaristas se citan a HAYEK y FRIEDMAN y entre los partidarios de políticas fiscales está KEYNES y sus seguidores hasta la actualidad.

Las distintas posiciones tienen hoy día su manifestación en las diferencias de reacción ante la situación de crisis. Diferencias, por ejemplo, entre la Unión Europea, partidaria de controlar los déficits públicos sobre la base casi exclusiva de programas de austeridad con una política fiscal restrictiva, y los EEUU partidarios de seguir apostando por los estímulos públicos a la economía al margen de las consecuencias que ello pueda tener sobre la inflación.

En cualquier caso en Europa y en España la cuestión debe ser analizada aquí desde el punto de vista jurídico y, en concreto, desde el punto de vista del derecho administrativo o

pacto de estabilidad con sus límites de déficit y deuda. La ironía consistió en que Alemania fue uno de los Estados que incumplió el pacto en los primeros años dos mil.

⁴⁵ El aumento o la disminución del tipo de interés del dinero afecta al consumo y a la inversión puesto que los ciudadanos con tipos de interés algo pospondrán sus decisiones de gasto e inversión. Por el contrario con tipos bajos se animarán a ambas cosas como ha sucedido a lo largo del proceso de incubación de la burbuja inmobiliaria. La fijación de coeficientes caja más o menos altos también determina la cantidad de dinero que bancos y cajas pueden prestar. Finalmente mediante operaciones de los bancos centrales en los mercados abiertos los bancos centrales colocan deuda que compran Bancos y Cajas que tienen así menos dinero disponible, por lo que bajan también los activos líquidos disponibles para el público.

de las instituciones u organismos con capacidad para tomar decisiones sobre esos temas. El problema reside en saber quién ejecuta las decisiones en materia de política fiscal y monetaria y quién las toma, en perspectiva jurídica y de acuerdo con un TFUE que considera la “política económica y monetaria” de forma conjunta en el Título VIII de la tercera parte. Después trata de forma separada en el capítulo primero la política económica (arts. 120 a 126) y en el segundo la política monetaria (arts. 127 a 133) si bien dedica otro capítulo -el IV- a los países miembros de la zona euro y el III a disposiciones institucionales.

Lo cierto es que hoy día puede destacarse que la creación de una moneda única ha ido más deprisa que la existencia de una autentica coordinación de las políticas económicas. Y eso, unido al hecho de que la estabilidad de precios luce en el [artículo 127 del TFUE](#) “como el objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales”, ha restringido extraordinariamente los instrumentos con que los Estados contaban tradicionalmente para hacer frente a las crisis, sin que la UE haya puesto en marcha una auténtica coordinación de las políticas económicas, ni ejerza la política monetaria en los términos con que se está haciendo en Estados Unidos y el Reino Unido.

Y lo mismo ocurre con el hecho de que ya no son los Estados, sino el BCE quien tiene derecho exclusivo a autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión (artº 128.1 TFUE)⁴⁶ o con el hecho de que el TFUE prohíbe *“la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el BCE o por los Bancos centrales de los Estados miembros, a favor de Instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el BCE o por los bancos centrales nacionales”* (artº 123).

Ello ha determinado que, al margen de la necesidad de profundizar en una mayor unión en materias económicas y de supervisión (es el caso de la llamada Unión Bancaria), se estén implementando nuevos instrumentos - a través de fondos específicos⁴⁷ - con los que poder dar respuesta a la crisis económica y a la crisis de la deuda soberana que afecta a los países del sur de Europa; sin perjuicio de que el BCE puede comprar deuda en el mercado secundario pues con ello no infringe el artículo 123 del TFUE, pese a la actitud reticente del

⁴⁶ La moneda metálica la pueden emitir los Estados pero siendo el Banco central quien autorice el volumen de la emisión (artº 128.2)

⁴⁷ Como el nuevo Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) o la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (FEEF).

Bundesbank que, de momento, no ha conseguido el apoyo del Tribunal constitucional Alemán.

En este contexto, el debate que se suscita no es ya cómo está ordenada en los Tratados la política económica y monetaria para dar respuesta a la crisis, sino si la forma en que se están ejerciendo las competencias en la zona euro es la apropiada. El tema se presta a debate en cuanto en algunos momentos una política expansiva puede contribuir a generar inflación, pero también puede ayudar a evitar caer en recesión, todo ello en un contexto de difícil equilibrio entre políticas expansivas y déficit público. En un contexto, además, en que nuestro país (y todos los países de la zona euro) ha perdido el dominio directo de determinados resortes de la política económica y monetaria que se han atribuido a instancias europeas. 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, Reino Unido y la Europa de la zona euro son, en este momento, una muestra de ese desacuerdo fundamental. Sea como fuere ese objetivo de la estabilidad de precios es el principal en los Bancos centrales, pero es prácticamente el único en el caso del Banco Central Europeo.

§ 23.

De acuerdo con el artículo 119.1 del TFUE el logro de los fines del Tratado se conseguirá mediante *«la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia»*.

El precepto da por supuesto que las políticas económicas de los Estados miembros subsisten como expresión de su soberanía, sólo que coordinadas entre sí y con objetivos comunes. El problema es que ese reconocimiento de las políticas económicas de los Estados, siquiera sean coordinadas (coordinación que no ha tenido la trascendencia que podía deducirse del Tratado, al menos hasta el momento actual), no es completamente congruente con la previsión que el propio artículo 109 contiene a continuación en su número 2: *«2. Paralelamente, en las condiciones y según los procedimientos previstos en los Tratados, dicha acción supondrá una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la*

política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia».

En efecto la moneda única y la definición y la aplicación de una política monetaria única y de tipos de cambios única con el objetivo de mantener la estabilidad de precios, puede no coincidir con la política económica que cada Estado quiera realizar. Es verdad que en los artículos 120 a 126 del TFUE dedicados a la política económica se tratan de sentar las bases de una cierta coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. A destacar la prohibición de descubiertos por los bancos centrales de los Estados miembros (artículo 123 TFUE) a favor de instituciones u organismos nacionales; o las previsiones del artículo 126 TFUE para impedir los déficits excesivos. Esas previsiones que pareció que perdían fuerza en buena medida cuando países tan significativos como Alemania y Francia evitaron en 2003 ser sometidas a la integridad de las previsiones del artículo 126⁴⁸, están siendo objeto de reafirmación como consecuencia de la gravedad de las crisis a lo largo del año 2011 y 2012. De reafirmación, aunque sólo sea por la interiorización en el plano constitucional de previsiones que hasta ahora figuraban en el pacto de estabilidad o en las Leyes internas, pero que han conducido a una apresurada reforma de nuestra Constitución para modificar el artículo 135 de la misma y a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012 a que nos hemos referido en distintas ocasiones en la presente lección.

La evolución de la crisis hasta el momento actual ha puesto de relieve que España no ha podido, como ya no podrá en el futuro ningún país, hacer una política económica autónoma, cuando lo que se está poniendo en juego es la moneda única y el temor a que la quiebra (default) de algunas economías –alegremente dependientes en su crédito público y, sobre todo, en el privado, de préstamos en el exterior que tienen que renovarse en el corto plazo–, arrastre al resto de países de la zona euro. Las decisiones de política económica de un país no afectan sólo a ese país sino a todos los demás con los que comparte moneda. De ahí la necesidad de una real coordinación de todas esas políticas.

Al construir la Unión Económica y Monetaria se sabía que la introducción final de la moneda única implicaba una pérdida de soberanía en materia de política económica para los Estados miembros, pero a la hora de llevarlo al Tratado los imperativos políticos

⁴⁸ La Comisión Europea impugnó ante el Tribunal de Luxemburgo las decisiones del Consejo de no adoptar, en relación con la República Francesa y la República Federal de Alemania, los instrumentos formales contenidos en las recomendaciones de la Comisión con arreglo al artículo 104 CE, apartados 8 y 9. Por sentencia de 13 de julio de 2004 (asunto 27/04) el Tribunal inadmitió en lo sustancial por razones más bien formales el recurso de la Comisión contra la decisión del Consejo.

hicieron que sólo se hablase de coordinar las políticas económicas y algunas previsiones adicionales que como se ha visto han sido orilladas.

Estamos pues asistiendo en estos momentos a un cambio radical y a una toma de conciencia de la necesidad de aplicar con convicción las previsiones del TFUE –y algunas más– lo que sin duda supondrá una pérdida de soberanía para los Estados miembros a la hora de definir sus políticas económicas.

Después de muchos titubeos e indefiniciones el [Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012](#), y los dirigentes de la zona euro parece que comenzaron - y así han seguido hasta el momento actual - a adoptar por fin medidas que comenzaban a ir en la buena dirección, aunque su implementación no hace más que retrasarse desde entonces. La idea es la de más Europa en el sentido de reforzar esa coordinación de políticas económicas e incluso de centralizar algunas competencias como se pone de manifiesto con la llamada Unión bancaria que consciente de los problemas originados en el sector financiero demanda unas facultades de control y supervisión centralizadas. Todo ello sin perjuicio de examinar la vertiente de la política monetaria y de los órganos que la definen y ejecutan.

2.4.2. El sistema europeo de Bancos Centrales.

§ 24. La pieza básica la constituye el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) cuyo objetivo principal es mantener la estabilidad de precios. Ello no significa que estemos ante un objetivo ajeno a nuestro propio sistema constitucional, puesto que el artículo 40 de la CE prevé también que los poderes públicos *“promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”*. Ahora bien en dicho artículo no se afirma que el objetivo principal sea la estabilidad económica, sino que el progreso social y económico se enmarcan en una política de estabilidad. Ello se matiza, además, cuando el propio artículo 40 CE se refiere de forma expresa a una política orientada al pleno empleo.

Sea como fuere, lo cierto es que el SEBC tiene importantes funciones en la definición y ejecución de esa política monetaria de acuerdo con el artículo 127.2:

- definir y ejecutar la política monetaria de la Unión,
- realizar operaciones de divisas coherentes con las disposiciones del artículo 219,

- poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros,
- promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

Esa política monetaria comprende la fijación de los tipos de interés y las demás acciones propias de la política monetaria en relación con el dinero en circulación, como ha venido haciéndolo desde su creación condicionando con ello la política económica. Aparte de ello el Banco Central Europeo tendrá el *«derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión. El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales podrán emitir billetes. Los billetes emitidos por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales serán los únicos billetes de curso legal en la Unión»*.

El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales constituyen el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). El SEBC está dirigido por el Consejo de Gobierno y el Comité Ejecutivo.

El Comité Ejecutivo está compuesto por el presidente, el vicepresidente y otros cuatro miembros que son nombrados por el Consejo Europeo, por mayoría cualificada, de entre personas de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios, sobre la base de una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo.

Integran el Consejo de Gobierno los miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo y los gobernadores de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda sea el euro.

Lo más destacable de las competencias que asume el SEBC es la previsión del artículo 130 del TFUE conforme al cual *«ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano»*.

Ello lleva a que las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se hayan comprometido en el propio artículo a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones. La gravedad de la crisis actual pone de relieve que algunos Gobiernos tratan de presionar al Banco Central aunque sólo sea con la emisión de sus críticas a las decisiones que este toma⁴⁹.

⁴⁹ Ese es el caso con las críticas alemanas a la compra de emisiones de deuda española e italiana durante el verano de 2011.

2.4.3. La supervisión del sistema financiero.

§ 25. Según se ha ido viendo a lo largo de la presente lección una de los Organismos básicos de nuestro sistema es el Banco de España que es una Institución de carácter público que tiene diversas misiones. Unas tienen que ver con la integración de España en la moneda única y en el sistema europeo de Bancos centrales⁵⁰, aspecto este en el que el Banco de España ha logrado la total independencia de los Gobiernos por lo que contribuye a la determinación de la política monetaria como un miembro más de los órganos rectores del Banco Central Europeo sin que el Gobierno español tenga nada que transmitir, como tal Gobierno, al Gobernador del Banco de España.

Ello no obstante el artículo 7 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (LBE) le atribuye la función de apoyar la política económica general del Gobierno, *“sin perjuicio del objetivo principal de mantener la estabilidad de precios y del cumplimiento de las funciones que ejerce en tanto miembro del SEBC en los términos del artículo 105.1 del Tratado”*.

§ 26. Pero además de esas competencias la LBE le atribuye una muy importante que tiene que ver con el sistema financiero español y en concreto con la disciplina e intervención de las Entidades de crédito que acaba de ser objeto de una nueva regulación, adecuándose a las medidas impulsadas por la UE, en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁵¹ (LOSSEC).

⁵⁰ El artículo 7 de la Ley 13/1994 le atribuye las siguientes funciones:

- 3. El Banco de España participará en el desarrollo de las siguientes funciones básicas atribuidas al SEBC:*
- a) Definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad.*
 - b) Realizar operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 109 del Tratado.*
 - c) Poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros. No obstante, el Gobierno podrá tener y gestionar fondos de maniobra en divisas, conforme a lo previsto en el artículo 105.3 del Tratado.*
 - d) Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos.*
 - e) Emitir los billetes de curso legal.*
 - f) Las demás funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC.*

⁵¹ Artículo 1.2

- 2. Tienen la consideración de entidades de crédito:*
- a) Los bancos.*
 - b) Las cajas de ahorros.*
 - c) Las cooperativas de crédito.*

El marco legal de dichas entidades queda constituido no solo por la LOSSEC sino por el Reglamento (UE) n.º 575/2013 de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión⁵² y por las demás normas del ordenamiento jurídico español y del Derecho de la Unión Europea que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito.

La LOSSEC continua con la trasposición al derecho interno del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, y la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, que alteran sustancialmente la normativa aplicable a las entidades de crédito, en materias relativas al régimen de supervisión, requisitos de capital y régimen sancionador. Dichas normas avanzan mucho más que las tímidas regulaciones promovidas por la autoridad internacional de regulación financiera internacional - el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria - cuyo principal defecto consistió en partir de una visión desreguladora del sistema financiero que nos ha llevado a la crisis mundial que padecemos y que ha tenido que ir rebobinando en sus medidas desde una primera regulación que fijó para las entidades de crédito un capital mínimo del 8% sobre el conjunto de sus riesgos (Basilea I, 1988), pasando después, en 2004, a una nueva normativa (Basilea II) que trataba de mejorar algo la forma de apreciar los riesgos, lo que acabó en la crisis de 2008 (las entidades, incrementaron excesivamente el crédito en la fase de expansión y lo redujeron sustancialmente en recesión agravando la inestabilidad financiera, sus efectos y la duración de la crisis económica).

Posteriormente el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria acordó en diciembre de 2010 el «Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios» (Basilea III), para evitar futuras crisis, aunque, mientras tanto, la propia UE aprobó normas más exigentes que inspiran la LOSSEC (Reglamento (UE) n.º 575/2013 de 26 de junio de 2013 y Directiva 2013/36/UE)

§ 27. Competencias del Banco de España. Las competencias del Banco de España se ejercen sobre las entidades de crédito y, cuando corresponda, sobre las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera. El ejercicio de esa competencia consiste en autorizaciones, inscripciones, revocaciones de

d) El Instituto de Crédito Oficial.

⁵² por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012.

autorización, potestad de información, inspección sanción, etc. (artículo 4 de la LOSSEC)⁵³

Los criterios de autorización se recogen en la Ley para cada uno de los actos de que se trate. Debe destacarse entre esos criterios los que figuran en el artículo 7 como motivo de denegación de la autorización:

a) falta del capital mínimo requerido, de una estructura organizativa adecuada, de una buena organización administrativa y contable o de procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad.

b) Cuando alguno de los miembros de su consejo de administración, director general o asimilado no reúna los requisitos de idoneidad exigidos.

c) Cuando alguno de los miembros del consejo de administración, director general o asimilado de su entidad dominante, siempre que ésta sea una sociedad financiera de cartera o una sociedad financiera mixta de cartera, de acuerdo con el artículo 4.1, puntos 20 y 21, respectivamente del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, no reúna los requisitos de idoneidad exigidos.

d) Cuando carezca de procedimientos internos adecuados de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

e) Cuando incumpla alguno de los demás requisitos que reglamentariamente se exijan para adquirir la condición de entidad de crédito.

2. También se denegará la autorización si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, no se consideran idóneos los accionistas que vayan a ostentar una participación significativa o, en defecto de accionistas con una participación significativa, si no se considera adecuada la idoneidad de cualquiera de los veinte mayores accionistas.

⁵³ a) Autorizar la creación de entidades de crédito y la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea.

b) Autorizar la creación de una entidad de crédito extranjera o la adquisición de una participación significativa en una entidad ya existente, por una entidad de crédito o un grupo de entidades de crédito españolas, cuando dicha entidad de crédito extranjera vaya a ser constituida o se encuentre domiciliada en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea.

c) Autorizar las modificaciones estatutarias de las entidades de crédito, en los términos que reglamentariamente se establezcan. En particular podrán determinarse reglamentariamente aquellas modificaciones estatutarias en las que la autorización pueda sustituirse por la preceptiva comunicación al Banco de España.

d) Revocar la autorización concedida a una entidad de crédito en los supuestos previstos en el artículo 8.

e) Practicar la inscripción en los registros a que se refiere el artículo 15, así como la gestión de los mismos y de los demás previstos en otras normas de ordenación y disciplina.

f) Ejercer la función supervisora y sancionadora de las entidades de crédito y, cuando corresponda, de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, para el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

g) Conceder las autorizaciones previstas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio y, en su caso, revocarlas.

h) Sin perjuicio de las atribuciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el control e inspección de la aplicación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

3. La autorización de las entidades a que se refiere el artículo 4.2.b) podrá denegarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) cuando, atendiendo a la situación financiera de la entidad de crédito o a su capacidad de gestión, se considere que el proyecto puede afectarle negativamente;

b) cuando, vistas la localización y características del proyecto, no pueda asegurarse la efectiva supervisión del grupo, en base consolidada, por el Banco de España;

c) cuando la actividad de la entidad dominada no quede sujeta a un efectivo control por parte de una autoridad supervisora nacional.

Debe señalarse también entre las numerosas competencias de supervisión del Banco de España la que se refiere a capital interno y liquidez, colchones de capital, con específica atención a las entidades de importancia sistémica, colchones para riesgos sistémicos, medidas de supervisión con atención a los sistemas de gobierno corporativo, supervisión de grupos consolidables y de sociedades financieras mixtas de cartera y de las sociedades mixtas de cartera, sustituciones de los órganos de administración, política de remuneraciones y de criterios sobre la política de remuneraciones, etc., etc., etc..

§ 28. El examen de la supervisión y competencias al respecto del Banco de España pone de manifiesto como, de nuevo en el corazón del sistema económico – en el sistema financiero –, aparece la intervención pública siquiera sea la de una de las llamadas Administraciones independientes.

Todo ello pone de manifiesto la relevancia de los poderes públicos en las instituciones centrales de la actividad económica.

§ 29. Como es lógico esas potestades de intervención de un poder público no están exentas de control por los Tribunales. Así lo dispone la LBE en su artículo 2 al disponer que los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de sus funciones, así como las sanciones que imponga por ello, serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda⁵⁴, salvo cuando se disponga expresamente que no cabe recurso.

El órgano judicial competente es la Audiencia Nacional tanto de los actos no susceptibles de recurso como de los que dicte el Ministro resolviendo los recursos ordinarios. contra actos dictados por el Banco de España.

⁵⁴ Sin embargo, no son susceptibles de recurso y agotan la vía administrativa los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de las funciones previstas en la sección 1.ª (política monetaria) y el artículo 15 del capítulo II de la LBE (emisión y puesta en circulación de billetes) y las sanciones impuestas en aplicación de esas normas.

NORMATIVA DE REFERENCIA:

- Constitución Española.
- Estatutos de Autonomía.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS:

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2013.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA: