

SISTEMA ECONOMICO Y DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA VERSUS RESERVAS AL SECTOR PUBLICO DE ACTIVIDADES ECONOMICAS

Por
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. SISTEMA ECONÓMICO Y LIBERTAD DE EMPRESA: 1. *El sistema económico constitucional como marco al derecho de libertad de empresa.* 2. *El concreto contenido del derecho de libertad de empresa.*—II. LAS RESERVAS AL SECTOR PÚBLICO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: 1. *Una aproximación a su concreto contenido y significado.* 2. *Presupuestos legitimadores de las reservas al sector público.* 3. *Procedimiento para realizar las reservas:* a) Alcance de la expresión «mediante ley». b) Técnicas legislativas procedentes. c) Ambito competencial. 4. *La indemnización en las reservas.* 5. *Sistema de control: la función del Tribunal Constitucional:* a) La esencialidad de los servicios o actividades económicas. b) Procedimiento, competencia e indemnización. c) El interés general.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es realizar una sucinta aproximación al contenido del derecho de libertad de empresa a que se refiere el artículo 38 de la Constitución —atendiendo al concreto sistema económico establecido por nuestros constituyentes— como límite constitucional de la técnica de reservas al sector público de actividades económicas que, como mecanismo de intervención directa de los poderes públicos en la economía, ofrece el artículo 128.2 CE. Ambos preceptos son fundamentales a la hora de comprender la Constitución Económica y el Sistema económico constitucional, marco de referencia de la actuación e intervención de los agentes y factores empresariales en el mundo económico.

No obstante, y con carácter previo, debe realizarse una advertencia, por cuanto al hablar del marco jurídico de la economía que se deriva del texto de la Constitución, debe diferenciarse el concepto de «Constitución económica» del de «modelo económico», ya que son cuestiones distintas, que en realidad obedecen a distintos enfoques. Se trata, en el primer caso, del conjunto de normas jurídico-constitucionales que hacen referencia a la economía (1). La finalidad de es-

(1) Todo sistema económico ha de estar basado en un determinado conjunto de directrices y principios que sean unánimemente aceptados por los agentes económicos, lo

tas normas es, como señala FONT GALÁN, la de indicar cuáles han de ser los principios rectores de la actividad económica que habrán de desarrollar conjuntamente tanto los particulares como el Estado (2). Todo este conjunto de normas conforman el contenido de lo que se ha dado a denominar por toda la doctrina como «Constitución económica», entendiendo por ésta, en palabras de GARCÍA-PELAYO, el conjunto de «las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico» (3).

La existencia de esta «Constitución económica» ha sido reconocida, en su doble dimensión estática y dinámica, por nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 1/1982, de 28 de enero, y 64/1990, de 5 de abril, al señalar que existen «... normas destinadas a proporcionar un marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse Constitución económica o Constitución económica formal».

Por ello, tal Constitución económica configurada formalmente, en cuanto norma, no sólo es principio y criterio, sino que, como indica el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, supone, evidentemente, una

contrario supondría el caos. Razones de justicia social y, sobre todo, de seguridad jurídica, exigen la formalización de todo este conjunto de reglas. Por ello, cuando la Constitución las recoge se puede hablar de la existencia de una Constitución económica formal, que convive junto a la Constitución política. Por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, Ed. La Ley, Madrid, 1989, pág. 27. Resulta interesante en este punto, para diferenciar el dualismo entre Constitución política y Constitución económica, el trabajo de BASSOLS COMA, «La Planificación Económica», en la obra colectiva *El Modelo económico en la Constitución Española*, vol. II, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, págs. 377-378. SÁNCHEZ BLANCO afirma al respecto que «la plétora de contenidos económicos del texto constitucional (...) invita a reflexionar sobre la interconexión de sus preceptos jurídicos con la dinámica económica, y sobre el grado de efectividad de sus valores, principios y mandatos jurídicos en relación con lo que se presenta como exigencias de la economía». *El sistema económico de la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 34-35.

(2) FONT GALÁN, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 131 y ss. Especial interés denota la nota núm. 250, donde hace un recorrido en torno al concepto «Constitución económica». Asimismo, resulta de especial interés el trabajo de DE JUAN ASEÑO, *La Constitución Económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

(3) GARCÍA-PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución», en *Estudios Constitución Española 1978*, Librería Pórtico, Zaragoza, 1979, pág. 31. Por otro lado, V. SANTOS, en referencia al concepto de Constitución económica, admite la posibilidad de señalar un concepto formal o restringido y otro material o amplio. «Modelo económico y unidad de Mercado en la Constitución Española 1978», en libro colectivo *El desarrollo de la Constitución española*, Zaragoza, 1982, págs. 367-368. Se instaura de esta manera una práctica constitucional que atiende a los contenidos materiales de las relaciones económicas que tienen lugar en la sociedad. Vid. G. DE VERGOTTINI, *La Constitución frente al progreso económico y social*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 33, 1992, págs. 133 y ss.

garantía, una protección de los derechos de todos los ciudadanos. En consecuencia, establecerá los límites mínimos de actuación a que se habrá de someter la actuación económica de los poderes públicos. En buena lógica, existirán, pues, mecanismos constitucionales que garanticen estos derechos económicos, ordenando, según los módulos que constitucionalmente se establezcan, la posible incidencia en los mismos por parte del Estado (4). En conclusión, la Constitución, como norma jurídica fundamental es, sin duda, el lugar idóneo para ocuparse de la atribución y delimitación de los poderes económicos y la defensa de los grupos sociales más necesitados (5). Por otra parte, la sanción constitucional de las reglas básicas del juego económico supone un elevado grado de seguridad jurídica, seguridad reclamada por todos los factores productivos a fin de poder configurar sus líneas de actuación a medio y largo plazo (6).

I. SISTEMA ECÓNOMICO Y LIBERTAD DE EMPRESA

En este apartado se trata de precisar cuál es el contenido y significado del derecho constitucional de libertad de empresa atendiendo al modelo o sistema económico diseñado por nuestros constituyentes, por cuanto dicho derecho se comporta como límite a una política generalizada de reservas de actividades económicas en favor del sector público.

(4) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 28.

(5) Respecto al concreto contenido de la Constitución económica me remito a TENA PIAZUELO y GIMENO FELIÚ, en libro colectivo dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 641-646, y V. TENA PIAZUELO, *El régimen jurídico-público del sistema económico de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Tesis Doctoral, Zaragoza, 1993, págs. 362-375.

(6) Sobre el alcance y sentido del principio de seguridad jurídica —visto desde una óptica integradora con los otros principios contenidos en el artículo 9.3 CE— se pronunció nuestro Tribunal Constitucional en la temprana y conocida STC 38/1981, de 20 de julio, en la que afirma: «los principios constitucionales: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3 de la Constitución —legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho». Seguridad jurídica que, al margen de su propio valor, es entendida por el Alto Tribunal como suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (SSTC 27/1981, de 20 de julio, y 227/1988, de 29 de noviembre).

1. *El sistema económico constitucional como marco al derecho de libertad de empresa*

Para conocer el concreto contenido del derecho constitucional de libertad de empresa resulta necesario hacer una breve referencia al sistema económico consagrado en nuestra Constitución de 1978, por cuanto dicho sistema es el marco básico de referencia en que entender el alcance de la política de intervención del Estado en el mundo económico. Un estudio coherente en torno a la posibilidad y alcance de las medidas de intervención del Estado admitidas en nuestra Carta Magna, exige, con carácter previo, un análisis en torno al sistema económico de nuestra Constitución. Se trata, pues, de determinar si nuestra Constitución sanciona algún sistema económico y, admitida en su caso la tesis positiva, averiguar la «ideología» a la que tal sistema hace referencia, con una advertencia previa: cualquier intento de delimitación de las reglas o principios que caracterizan al modelo económico conlleva soportar la carga, no siempre evitable, de las convicciones y preferencias ideológicas de las que toda persona participa.

Por ello, y como primera toma de contacto, se puede afirmar, en palabras de REICH, «la inviabilidad de predicar para el Derecho una actividad absolutamente neutral, que le colocaría por encima de toda discusión política y económica, pretensión ésta que, a la postre, paradójicamente, supondría una determinada alternativa ideológica» (7). No obstante, aunque nuestro texto constitucional no hace ninguna declaración expresa del sistema económico constitucional, éste sí que perfila unas líneas maestras, que se entresacan como consecuencia de una interpretación conjunta de los derechos fundamentales que se atribuyen a los agentes económicos, de los principios en que la actividad económica deba inspirarse y de los títulos de intervención reconocidos al Estado (8).

Ciertamente, el debate en torno al modelo económico configurado por nuestra Constitución de 1978 es un auténtico lugar común en la doctrina. Muchos y diversos han sido los posicionamientos; alguno de ellos claramente marcado por una posición político-ideológica.

(7) REICH, *Mercado y Derecho*, traducción española, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 61.

(8) Cuestión previa, de política jurídica y de política general, es la de si debe la Constitución española imponer un determinado modelo económico. Tal cuestión ha sido estudiada por LUCAS VERDÚ, que expone razones en pro y en contra de tal imposición. *Los títulos Preliminar y Primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, «Revista Facultad Derecho de la Universidad Complutense», núm. 2 (nueva época), págs. 37-38.

Pues bien, nuestra Constitución económica enmarca un sistema flexible, pero no tanto como algunos autores han tratado de señalar, que consideran que en la Constitución, dada su neutralidad, es admisible cualquier sistema económico. Tal es la posición mantenida, entre otros, por BASSOLS COMA, quien sostiene que nuestro texto constitucional no define ni garantiza en términos normativo-constitucionales un determinado sistema económico, ni paralelamente garantiza el sistema económico real del que se parte, ni otro abstracto o racionalmente concebido que de forma voluntarista y conscientemente programado se pretenda implantar de forma excluyente. En opinión de BASSOLS, la misión de una Constitución en una sociedad pluralista y abierta no es la de sacralizar un determinado sistema económico. Así, desde su punto de vista, la Constitución, formalmente, ni se pronuncia por una situación de equilibrio de los sectores público y privado, ni declara la preferencia de uno sobre el otro; acepta la realidad existente sin prefigurar un modelo final en el sentido de que cada opción de gobierno lícitamente puede apoyarse en la economía privada o en la pública sobre la base del entendimiento de la reversibilidad inherente al sistema democrático (9).

Por tanto, siempre en opinión de este autor, los preceptos constitucionales en el orden económico deben concebirse como cláusulas abiertas y flexibles, que, en última instancia, son rellenadas o actualizadas por el legislador ordinario y, de modo preferente, por la actuación gubernativa o administrativa, responsable de la gestión de la política económica. Así, el análisis jurídico de la Constitución debe complementarse e integrarse a la luz de los programas que, alternativamente, ocupan el poder (10).

En esta línea se encuentran otros autores, como Jordi SOLÉ TURA, para quien la Constitución es un sistema abierto; «que sus puertas se abran o no hasta el fondo o sólo a medias, que se abran en un sentido u otro es cosa que dependerá de la futura correlación de fuerzas en la política general del país»; siendo este planteamiento reiterado por un determinado sector doctrinal (11). Esta tesis arrancó de la

(9) BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 311-312.

(10) Tal es el planteamiento que sostiene en su trabajo «La planificación y la intervención pública en la economía», en libro col. *La Empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 140.

(11) SOLÉ TURA, *La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista*, «Documentación Administrativa», núm. 180, octubre-diciembre 1978, pág. 57. Esta línea argumentativa es aceptada, entre otros, por LINDE PANIAGUA, afirmando que no hay una Constitución económica, entendiéndolo por tal una concepción solidificada del orden económico. Por el contrario, según él, se parte de una situación que se desea cambiar y a tal efecto se creen una serie de técnicas e instrumentos en los poderes públicos. *Introducción al sistema económico en la Constitución española*, Ed. Cometa, Valencia, 1987, pág. 11. También

propia intervención de SOLÉ TURA en el debate de los constituyentes al afirmar que «economía de mercado es, por ejemplo, un sistema capitalista en fase de acumulación primitiva. Economía de Mercado es también una economía capitalista en su fase monopolística. Economía de Mercado es [igualmente] una economía mixta, como la que preconizamos nosotros (...) [y] en definitiva, se podría decir que economía de mercado —aunque parezca que no es así, y que esto es rizar el rizo de la contradicción— puede ser, por ejemplo, un sistema como el que existe en los países del Este, porque allí también existen relaciones de mercado» (12).

Y tal argumentación fue retomada por GARCÍA-PELAYO, para quien son tres los supuestos que cabrían en la referencia que el artículo 38 hace a la economía de mercado: economía libre, economía social y economía dirigida (o controlada). El primero sería el tradicional modelo liberal, en el que «el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo (e imparcial) sin actuar el mismo ni orientar las líneas político-económicas», es decir, sin condicionar ni corregir ni planificar a los agentes económicos. Las otras dos modalidades se caracterizan frente a la primera, en que la segunda admite el protagonismo directo del Estado para garantizar la competencia, asegurar el mercado cuando éste no existe o es defectuoso y proporcionar en cualquier caso a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar que rebasaría las posibilidades del mecanismo de mercado liberal. La tercera modalidad añade a la anterior dos puntos: 1) que en muchos casos la autorregulación del mercado, aunque ésta exista, al ser insatisfactoria socialmente debe ser corregida por la regulación del Estado; y 2) que hay objetivos nacionales que no se deben dejar al «libre» juego del mercado, sino que el Estado debe asegurarlos mediante la planificación, que, aunque no sea jurídicamente coactiva, debe con-

G. PIERA afirma que en el anteproyecto de Constitución —luego texto constitucional— no queda consagrado ningún modelo económico social, ni tampoco, lo que es más grave, queda excluido ninguno. *Constitución y modelo económico*, «Dirección y Progreso», núm. 39, mayo-junio 1978, pág. 8. VALLE SÁNCHEZ sostiene que los artículos económicos del Texto Constitucional permiten, con la adecuada interpretación del «interés general», pasar de un sistema de libre empresa, en su más pura acepción capitalista, a un sistema de economía con planificación central. «Reflexiones sobre los aspectos económicos en el anteproyecto de Constitución», dentro de la obra colectiva *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 292. Por último, para LÓPEZ RODO, conviven en la Constitución española dos sistemas opuestos a dos opciones políticas diferentes cuya convivencia quedará resuelta por las urnas cada cuatro años. «El modelo económico de la Constitución», en *Administración y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor MESA MOLES*, Madrid, 1981, pág. 454. Estas posturas han sido criticadas por gran parte de la doctrina. Por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO afirma que nuestro Texto Constitucional es plenamente flexible, pero sin que eso llegue a significar que responda a criterios de ambigüedad en la ordenación que se establece de la actividad económica. *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 75.

(12) SOLÉ TURA, «DSCD», 1978, pág. 4117.

dicionar, estimular o encauzar la acción empresarial privada hacia la realización de los planes nacionales (13).

Esta interpretación parece ser la adoptada en el voto particular de la pionera STC 36/1981, de 12 de noviembre, al indicar:

«La Constitución económica en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona, permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos. Por ello, nos parece que la referencia del artículo 38 a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa». (Voto formulado por el Magistrado Luis Díez-Picazo) (14).

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia 24 de mayo de 1984 (Ar. 3132), acepta la tesis de «neutralidad económica», basada en la opinión de GARCÍA-PELAYO, afirmando que el principio de libertad de empresa «no prejuzga nada, porque, como han apuntado prestigiosos comentaristas del mismo, conocedores de su proceso de elaboración, no existe un modelo de economía de mercado, sino varios, y, sobre todo, la fórmula empleada en este artículo fue una fórmula consensuada, a la que prestaron su adhesión partidos sociológica e ideológicamente antagónicos, mediante la transacción de incluir en él tanto este principio como el contrapuesto que defiende las exigencias de la “economía general” y de la planificación».

Pues bien, es cierto que nuestra Carta Magna, respecto a las cláusulas económicas, es flexible. Sin embargo, tal flexibilidad no permite extraer la conclusión de que en el texto constitucional sean ilimitadas las opciones de política económica. Por ello, en palabras del profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, «cuando la Constitución española

(13) GARCÍA-PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución», *ob. cit.*, pág. 41.

(14) Sin embargo, en este voto particular —suscribiéndonos a la opinión de GARRORENA MORALES—, no se afirma, como en un principio puede parecer, la neutralidad de la Constitución en materia económica. Sus términos son equívocos ya que, en definitiva, lo que se afirma es que el modelo —concreto, presente y nada indefinido— fundamentalmente asumido por nuestro texto constitucional es, como tendremos ocasión de demostrar, la economía social de mercado y que, a partir de él, caben múltiples lecturas y variantes, algunas de ellas dotadas, incluso, de clara tensión dialéctica y transformadora. GARRORENA MORALES, *El Estado español como estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 98.

reconoce y garantiza el derecho a la libertad de la empresa en el marco de la economía de mercado, aun admitiendo todos los condicionantes de "ordenación exterior" que se quiera, ha querido decir algo que presenta unos perfiles definidos y concretos que no es correcto eludir» (15).

Pero, es más, tal argumentación —la de la neutralidad— conlleva un alto grado de confusión por cuanto la posible compatibilidad entre un sistema colectivista de propiedad de los medios de producción y planificación estatal con la existencia de un mercado auténtico en el que jueguen libremente los mecanismos de oferta o demanda en un sistema descentralizado de decisiones económicas es algo que, hasta ahora, no se ha demostrado ni teórica ni prácticamente (16).

Además, tal planteamiento debe ser criticado, ya que, por un lado, la no existencia de unas determinadas «reglas de juego», de principios rectores de la vida económica, harán difícil, por no decir imposible, una correcta labor de interpretación por parte de los Tribunales; llegándose a la postre a instaurar, como bien ha advertido M. CAPELLETI, el controvertido «gobierno de los jueces» frente a la legitimidad de la «voluntad popular» (17). Y, por otro lado, si fuera cierto que, debido a la ambigüedad y flexibilidad de las cláusulas económicas contenidas en la Constitución, no se consagra un determinado modelo económico, se habría dejado sin cumplir una de las principales funciones del Derecho Constitucional contemporáneo, quedando regida nuestra vida económica por una Constitución económica meramente material. Y ello sería grave. La seguridad jurídica en torno al modelo económico es necesaria para el buen comportamiento de los agentes económicos. Por otro lado, tal planteamiento

(15) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 92.

(16) Así se expresa ARIÑO ORTIZ, criticando al trabajo de GARCÍA-PELAYO, al que dedica una especial consideración. *Constitución. Modelo económico y Nacionalización*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 9, 1983, pág. 25. También ENTRENA CUESTA realiza una crítica a dicho planteamiento, tanto desde el punto de vista histórico-político como desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista histórico-político señala el hecho de que si bien la Constitución es fruto del consenso, es también cierto que los partidos políticos renunciaron a alguno de los principios que conforman el ideario. Desde un punto de vista jurídico afirma que, admitiendo la flexibilidad del sistema, existen algunos preceptos de mayor relevancia: así, en su opinión, los contenidos en el Capítulo II, Título I, entre los que figura el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Tal derecho deberá ser respetado, en su contenido esencial, por el legislador, ya que vincula a todos los poderes públicos, según prescribe el artículo 53. La consecuencia es que, por muy profundos que sean los cambios en el sistema, éste, en todo caso, habrá de asentarse en el reconocimiento de este derecho y en la protección de las consecuencias que de tal reconocimiento derivan. «El modelo económico en la Constitución Española de 1978», en libro colectivo *La Empresa en la Constitución Española*, ob. cit., pág. 17.

(17) Sobre este tema concreto, M. CAPELLETI analiza con detalle los posibles argumentos en favor del derecho de creación jurisprudencial frente al derecho legislativo, así como el problema de la legitimación democrática del derecho jurisprudencial. *Giudici legislatori*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 63-82.

to habría significado la renuncia de servirse de la Constitución como instrumento permanente para garantizar el control social de los poderes económicos y tutelar los intereses de los grupos económicamente más débiles. Se habría privado al texto constitucional de toda su virtualidad ordenadora, dejando de ser una guía de convivencia para convertirse en una auténtica caja de sorpresas que cada uno utilizaría con el fin que más le conviniese (18).

Así, pues, hemos de afirmar que la Constitución de 1978 configura un determinado sistema económico en el que habrán de desenvolverse los agentes económicos y el Estado. En tal sentido parece expresarse nuestro Tribunal Constitucional en la conocida STC 1/1982, de 28 de enero, afirmando lo siguiente:

«En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las construcciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, el conjunto de todos ellos compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos de orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”.»

Pero ¿cuál es el modelo? Ciertamente, no existe unanimidad y distintos autores han intentado configurar tal sistema decantándose

(18) En esta dirección, GARRORENA MORALES afirma que nunca una Constitución es neutral respecto al modelo económico; para eso, tendría que ser neutral respecto de la sociedad misma, lo que equivaldría a renunciar a constituirla. *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, ob. cit., pág. 94. De esta opinión son, entre otros, el profesor R. MARTÍN MATEO, que afirma que el modelo asumido por la Constitución no es de pura indefinición, dejando al devenir de la Historia y al juego de las fuerzas políticas la plasmación formal del sistema adoptado: «Larga marcha hacia la liberalización de la economía española», en *Libro Homenaje al profesor VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 727; ESCRIBANO COLLADO, para quien nuestra Constitución se enmarca dentro de las Constituciones que no son neutrales ideológicamente: *El orden económico en la Constitución española de 1978*, «Revista Estudios Derecho Constitucional», núm. 14, 1985, pág. 81, y E. MALARET, quien sostiene que no es posible hablar de una Constitución neutral ya que estaríamos olvidando la función «constitutiva» y con ello su función de legitimación del nuevo orden social: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 77. A su vez, pueden consultarse también: DE JUAN ASEÑO, *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 56; ARIÑO ORTIZ, *Constitución, modelo económico y nacionalización*, ob. cit., pág. 27, y E. SERRA, *La Empresa Pública en la Constitución*, «REDA», núm. 22, 1979, pág. 361.

por el modelo económico del que ideológicamente participan. En esta línea el profesor ARIÑO ORTIZ sostiene que el sistema definido en nuestra Carta Magna es un sistema de economía de mercado entendido en sentido neocapitalista, ya que, en su opinión, sólo a través de una economía de mercado —entendida en clave neoliberal— puede lograrse la consecución de ciertas metas: la defensa de las libertades individuales, el logro de la justicia social y el máximo grado posible de eficacia económica (19). En su opinión, no todos los preceptos de nuestra norma constitucional tienen el mismo valor. Así, los artículos 33, 35, 37 ó 38 gozarían de prevalencia sobre los contenidos en el Título VII (arts. 128 y ss.). Por tanto, economía de mercado significaría primacía de la iniciativa privada y carácter coyuntural, excepcional u ocasional de la iniciativa pública. La iniciativa pública tendría carácter subsidiario viniendo a cubrir las lagunas creadas por la empresa privada (20).

Esta forma de pensamiento, próxima al neoliberalismo, tiene su principal argumento en la consagración explícita por nuestro texto constitucional de la «economía de mercado», expresión que es interpretada como sinónimo de economía capitalista y, por ende, factor integrante clave del sistema constitucional (21).

(19) ARIÑO ORTIZ, en *Comentario a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978 (art. 128)*, Tomo X, Edersa, Madrid, 1985, pág. 4. Opinión que continúa suscribiendo en su reciente monografía *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 101-113.

(20) ARIÑO ORTIZ afirma que en la Constitución existen preceptos «principalistas», es decir, contiene los principios y valores básicos que en ella se consagran, aquellos que expresan las «decisiones políticas fundamentales», sobre los que se construye el Estado y el modelo de la sociedad. Los artículos 33, 35, 38, etc., serían ejemplo de ello y gozarían de prevalencia. *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, ob. cit., pág. 18. En este mismo sentido, en otro trabajo, reafirma la prevalencia de los artículos contenidos en los Capítulos Segundo y Tercero del Título Primero frente al Título Séptimo, afirmando que los primeros constituyen el «modelo», la regla general, y que los segundos se configuran como «correctivos» del sistema, como excepciones a la regla general de libertad. «Propiedad, libertad y empresa», en libro col. *La empresa en la Constitución*, ob. cit., pág. 107.

(21) Son de la opinión de que la Constitución define con claridad un sistema liberal de economía de mercado, entre otros, MARTÍNEZ DE VAL, que reafirma la preeminencia del artículo 38 CE sobre los artículos 128.2 y 131, sosteniendo que el marco configurado por nuestra Constitución, y por ello ineludible, es el de la economía de mercado entendida en sentido neoliberal. *Comentario a las leyes políticas (art. 38)*, ob. cit., vol. III, en especial págs. 649 y 654. CAZORLA PRIETO, en *Comentarios a la Constitución Española*, obra dirigida por GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1985, pág. 40, sostiene que la Constitución consagra un trato jurídico preferente para la iniciativa privada en comparación a la iniciativa pública en la actividad económica. BAENA DEL ALCÁZAR afirma que el modelo económico constitucional es el de la economía de mercado, con todas las consecuencias que ello tiene para la política económica, pero, además, la libertad de empresa es la auténtica piedra de toque del sistema, ya que en ella estriba la principal diferencia entre la economía de mercado y la de dirección central. «La Ordenación del Mercado Interior», en *El modelo económico en la Constitución Española*, ob. cit., vol. I, pág. 209. También acepta este planteamiento SERRANO CARVAJAL, *Libertad de empresa y planificación en la Constitución Española*, «Revista Política Social», núm. 121, 1979, págs. 439-468. Otro ejemplo clarificador de tal posición

Tal argumentación parece ser un tanto partidista. Si realmente se llegase a la convicción de que la Constitución consagra un sistema económico capitalista basado en el protagonismo de la iniciativa privada y la subsidiaridad obligatoria de la iniciativa pública, pasaría a ser inconstitucional un sistema de socialismo democrático, lo que, sin lugar a dudas, obligaría a un Gobierno de corte socialista a reformar la Constitución (22). Y esto mismo se puede predicar de aquellos otros autores para los que el modelo consagrado en la Constitución es un modelo económico socialista (23).

Evidentemente, nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de coactividad entre el sector privado y el sector público. Tal es la conclusión a la que se llega tras el análisis sistemático de los preceptos económicos contenidos en la Constitución. Por tanto, tanto los sujetos públicos como los privados pueden iniciar toda clase de empresas o actividades económicas, respetando, eso sí, las reglas de la competencia y la de actuación en plano de igualdad. Por tanto, la Constitución de 1978 viene a sustituir el antiguo principio de subsidiaridad de la iniciativa pública por el principio de la complementariedad (24). No obstante, con ser cierta, tal afirmación no es suficiente por cuanto, descrito simplemente así, estaríamos argumentando en favor de una economía mixta, sistema que, en opinión suscrita por la mayoría de la doctrina, no es el configurado por nuestra Constitución (25). La enunciación formal de eco-

se tiene en el Dictamen del CÍRCULO DE EMPRESARIOS «La regulación del derecho de libertad de empresa en el proyecto de Constitución», en *La Empresa Privada en la Constitución Española*, edición propia, Madrid, octubre 1979, pág. 105. Para ellos, la referencia a la iniciativa pública que contiene el 128.2 debe concebirse exclusivamente como la expresión genérica bajo la que deben englobarse los fenómenos concretos de la nacionalización de la actividad económica y la intervención de empresas, cuya aplicación habrá de hacerse siempre mediante ley.

(22) No olvidemos que, pese a gobernar durante varios años el PSOE, éste ha podido llevar a cabo sin problemas su política económica que, y pese a todas las objeciones que se le puedan realizar, no es, sin duda, una política neocapitalista, sin que para ello haya sido necesaria una reforma constitucional. Al respecto, vid. DE JUAN ASEÑO, *La Constitución económica*, ob. cit., págs. 59 y 60.

(23) Así, por ejemplo, LUCAS VERDÚ afirma que una segunda lectura de la Constitución nos dice que el sistema económico en España debe ser una economía de mercado socializada. *Constitución, modelo económico y alternativa socialista*, en «Informaciones», 9-XII-1978, págs. 88 y ss. Para ELIAS DÍAZ la expresión «Estado Democrático de Derecho» nos reenvía a un tipo de Estado en el que se pretende la transformación del modelo de producción capitalista y su sustitución progresiva en el tiempo por una organización social de caracteres flexiblemente socialistas. *El Estado Democrático en la Constitución Española*, en «Sistema», núm. 41, marzo 1981, pág. 46. Esta misma idea de que la Constitución marca un sistema de transición hacia el socialismo es admitida por GARCÍA COTARELO: «El régimen económico-social de la Constitución española», en obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución Española*, vol. I, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 1978, pág. 85.

(24) Vid. A. ROJO, *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española*, «Revista de Derecho Mercantil», núms. 169-170, 1983, pág. 309.

(25) En favor de tal concepción se expresa SÁNCHEZ AGESTA afirmando que el modelo

nomía de mercado no puede ser desplazada por un sistema de economía mixta, equidistante entre el liberalismo económico y el centralismo colectivista. Por ello, se puede afirmar que el sistema definido por nuestra Constitución no es otro que el de economía social de mercado; sistema que, como afirma MULLER-ARMOCK (26), no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo, sino que integra un sistema de competencias económicas con el progreso social (27). Evidentemente, tal sistema no es un sistema rígido sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin desvirtuarse dicho sistema.

Con tal configuración del sistema económico, se afirma una situación de confluencia de dos vectores distintos: por un lado, el derecho a la libertad de empresa; por otro lado, la ordenación de la actividad económica por parte de los poderes públicos. Y, como bien afirma el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, «lograr que una y otra se mantengan, con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que una elimine o reduzca a la otra es, en última instancia, el difícil equilibrio que requieren los postulados que ofrece nuestra Constitución económica. Una situación que se proyecta cargada de dificultades en el ámbito concreto del enjuiciamiento y valoración de las distintas medidas y situaciones particulares» (28). Flexibilidad, y consi-

diseñado por el texto constitucional es el de una economía mixta: existe un sector de economía neocapitalista que descansa en el reconocimiento del derecho de propiedad y de la herencia (art. 33) y en la libertad de empresa. Empero, coexiste con el sector anterior otro de economía pública con tendencias socializadoras, como se desprende de los artículos 128, 129 y 131. *Comentarios a la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, págs. 103 y ss. También es ésta la opinión de GARCÍA COTARELO, que se decanta por la existencia en nuestra Constitución de un sistema de economía mixta. «El regimen económico social...», *ob. cit.*, pág. 75.

(26) Vid. ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en *El modelo económico en la Constitución Española*, *ob. cit.*, págs. 130 y ss.

(27) Este sistema, criticado por autores que lo conciben como sinónimo de un sistema neoliberal, ha sido el de mayor aceptación, sin duda por los grandes márgenes de flexibilidad, por la doctrina científica. En tal sentido se pueden citar, a título meramente enunciativo: S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, *ob. cit.*, págs. 75 y ss.; R. MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la Economía*, Ceura, Madrid, 1985; Ramón ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en *El modelo económico en la Constitución española*, *ob. cit.*, vol. I, pág. 103; S. MUÑOZ MACHADO, en *La distribución de competencias entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española*, obra dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, págs. 323-334; DUQUE, *Constitución económica y Derecho Mercantil*, coedición Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1979, págs. 66-68; FONT GALÁN, *Constitución económica y derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 165 y ss., y MUÑOZ MACHADO y BAÑO LEÓN, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en libro col. *La empresa en la Constitución*, *ob. cit.*, pág. 217.

(28) Una valoración global y sistemática del conjunto de cláusulas económicas contenidas en la Constitución, permite llegar a la siguiente conclusión: nuestra Carta Magna sanciona un sistema de libertad económica. Tal formulación es correcta ya que todo sistema considerado como democrático debe consagrar un sistema económico cuyo núcleo

guiente dificultad, que no deben confundirse ni con la imposibilidad absoluta de enjuiciamiento real en la práctica ni tampoco con total ausencia de restricciones a cualquier política económica que quiera ser llevada a cabo, sino que, en última instancia y en cada caso, deberá afinarse la interpretación jurídica para confrontar la legalidad de actuaciones concretas, públicas y privadas, respectivamente, con las correspondientes habilitaciones constitucionales y legales de la actuación del poder público administrativo y con el alcance de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos.

Sin embargo, de la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que obligatoriamente deberán, no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución (29). Y éste parece ser el planteamiento aceptado en la STS de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352), que afirma:

«Se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiaridad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ambas el mismo rango constitucional...»

La calificación como economía social de mercado tiene consecuencias concretas para los poderes públicos. Supone que obligatoriamente deberán, no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las decisiones y estrategias pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la

esencial sea la empresa —tanto privada como pública—. S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 82.

(29) Sobre el carácter imperativo respecto a la actuación conformadora del Estado, puede consultarse el libro de L. PAREJO, *Estado social y Administración pública*, IEAL, Madrid, 1983, págs. 50 y ss. Sobre la expresión «economía social de mercado», pueden verse, entre otros, MARTÍN MATEO (que se muestra favorable a la expresión Estado Social de Mercado), «Larga marcha hacia la liberalización de la economía española», ob. cit., pág. 727; SERRANO TRIANA, *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de Bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, pág. 75, y ELÍAS DÍAZ, *El Estado democrático de Derecho en la Constitución española*, ob. cit., págs. 41 y ss.

Constitución. Por tanto, nuestra Constitución consagra el principio de complementariedad, de coiniiciativa, entre el sector privado y sector público, enmarcada tal complementariedad por el calificativo «social», como se desprende del artículo 1 CE. Evidentemente, este marco es, lo reiteramos, flexible (30). Caben numerosas opciones de política económica, pero no todas (31).

Es preceptivo tener en cuenta y respetar los principios económicos que se deducen del texto constitucional y que, básicamente, son los tres siguientes: libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; concurrencia económica pública y privada; y pluralidad de poderes públicos intervinientes en el sector económico y unidad de mercado.

En resumen, a través de este modelo de economía social de mercado, nuestra Constitución económica se articula en torno a dos ejes. Por un lado, nos encontramos con los principios del Título I que configuran un sistema de mercado, en principio capitalista, al estar apoyado como pilares básicos en la propiedad privada de los medios de producción, impulsado por la iniciativa privada y coordinado por el mercado. Pero a la vez, como resulta del artículo 1 de nuestra Carta Magna, este sistema económico deberá estar orientado socialmente. Por ello, todos los derechos y libertades de carácter económico están subordinados a esa función social, siendo obligación de los poderes públicos llenar adecuada y convenientemente todas las lagunas sociales que el sector privado, por la propia inercia de su limitado interés, deja de cubrir. Así, pues, en un sistema de economía social de mercado la iniciativa pública debe participar activamente en la ordenación y dirección del proceso económico para asegurar la plena satisfacción de las prestaciones sociales consagradas en nuestra normativa constitucional, sin que al mismo tiempo se prive de sentido

(30) Por ello las actividades económicas pueden hoy ser realizadas libremente tanto por agentes económicos públicos como privados. Por otro lado, también significa la implantación de un sistema paritario en la actuación pública y privada, que comporta que ambos están sometidos a los mismos límites, deberes y responsabilidades establecidos por nuestra Constitución. Sobre este punto, por todos, vid. DE GISPERT PASTOR, «La noción de empresa en la Constitución española», en libro colectivo *La empresa en la Constitución*, ob. cit., pág. 42. Esto mismo sucede, por ejemplo, en Italia, donde su modelo constitucional tiene una marcada orientación social —reconocida en su artículo 3— que obliga la intervención positiva del Estado para lograr que la libertad y la igualdad tengan una plasmación efectiva. Sobre esta cuestión puede consultarse a B. CAVALLO y G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1983, en especial págs. 66-67.

(31) Como bien ha destacado ELÍAS DÍAZ, lo que no cabe en la Constitución española es, desde luego, ni un anacrónico o no anacrónico capitalismo que pretenda escapar a todo control democrático del Estado y de los sectores no capitalistas de la sociedad civil, ni un exclusivo estatalismo y burocratismo rígidamente impuesto en el campo de la economía, negador uno y otro de diferentes (o quizás de los mismos) derechos fundamentales de la persona humana. *El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978*, ob. cit., pág. 74.

en ningún caso, sin justificación suficiente orientada a la eficacia de la «cláusula de transformación» del artículo 9.2 CE (actuada, incluso, con la cobertura legal precisa, por vía administrativa), a la iniciativa económica privada. Otra política económica vulneraría el sistema delimitado por nuestra Constitución (32).

2. *El concreto contenido del derecho de libertad de empresa*

El derecho de libertad de empresa aparece recogido por el artículo 38 de nuestra Constitución, el cual, gracias a su indeterminación, fue aprobado por el Constituyente con un casi total consenso (33). Este derecho, encuadrado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero, reconoce el derecho a la libertad de empresa, pero dentro de unos límites: en el marco de la economía de mercado y de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Límites que vienen a garantizar la iniciativa económica pública en la economía, pero bajo los principios definidos por el modelo económico constitucional: igualdad de iniciativa pública frente a la privada en régimen de concurrencia (34). Por ello, como advierte el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, la iniciativa pública se deriva del texto constitucional, en primer lugar, como ya se ha dicho, porque el marco de la economía de mercado no excluye la actuación de los poderes públicos en el ámbito económico;

(32) Evidentemente, cabe cierta transformación de la sociedad a la que acompañe cierta transformación, más o menos socializante, del modelo económico. Tal presupuesto es posible y legítimo. Sin embargo, en ningún momento se podrán romper las elásticas fronteras que lo delimitan. Para ello, no nos engañemos, sería necesaria una reforma constitucional. Por este motivo, no parece convincente la posibilidad de un uso alternativo del Derecho, ya que en la práctica, a la postre, significaría dejar tal interpretación en manos de nuestros Tribunales que, por lo tanto, se convertirían en legislador positivo. Por ello, sólo cabe predicar un uso evolutivo, por el cual se vaya adaptando el sistema económico a las circunstancias económicas y sociales. En favor de la posibilidad de evolución y transformación se expresan GARRORENA, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, ob. cit., págs. 53 y ss., y V. SANTOS, *Modelo económico...*, ob. cit., pág. 382.

(33) En el anteproyecto aparecía regulado en el artículo 32 y estaba comprendido dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas, hablándose del derecho a la libre iniciativa económica privada. La redacción actual y su ubicación en el texto constitucional lo han dotado de un significado distinto. Se habla de libertad de empresa tanto privada como pública, y por otro lado no se considera derecho fundamental.

(34) Como indica el profesor MARTÍN MATEO, el constituyente configura con unos límites vagos e imprecisos al derecho de libertad de empresa, dentro de los cuales podrán moverse los poderes públicos usando los instrumentos de intervención que les reconoce la Constitución, siendo imposible conocer apriorísticamente los límites de dicha intervención ya que, como sucede con el derecho de propiedad, «el punto de inflexión de la curva de los derechos individuales y de los intereses colectivos es algo improcesable anticipadamente y que demanda la obra del legislador y los criterios del Tribunal Constitucional». *Derecho Público de la Economía*, ob. cit., págs. 30-31.

en segundo lugar, por la habilitación que los poderes públicos encuentran para su actuación en el proceso económico en el artículo 38; y, por último, en los reiterados emplazamientos que el texto de nuestra Constitución contiene en relación a la actuación de los poderes públicos (35). Asimismo, queda justificada la intervención del poder público en el desarrollo de la iniciativa privada tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 88/1986, de 1 de julio, y 84/1993, de 8 de marzo, al afirmar, respectivamente, que

«... el mantenimiento del mercado y la garantía que la competencia supone para libertad de empresa, impone precisamente la intervención de los poderes públicos en la actividad económica de los particulares»; y «la Constitución impone a los poderes públicos la tarea de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad» (36).

Por otro lado, el derecho a la libertad de empresa es configurado en una doble vertiente:

— En su vertiente institucional: El Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter de garantía institucional del derecho a la libertad de empresa —v. gr., STC 225/1993, de 8 de julio— por el que se garantiza el derecho objetivo a la libertad de empresa como regla para el mantenimiento del sistema de economía social de mercado (37). No es que exista un derecho predeterminado a la libertad de empresa que el legislador tenga en todo caso que respetar, sino que, como indican los profesores MUÑOZ MACHADO y BAÑO LEÓN, más bien existe una garantía de que el conjunto del sistema no excluirá por completo la iniciativa económica, y que estaría constitucionalmente proscrita cualquier iniciativa que tendiera a eliminar los rasgos esenciales del modelo de economía social de mercado (38).

(35) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pp. 88-90.

(36) Vid. SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema económico de la Constitución española*, ob. cit., págs. 131-138.

(37) Al respecto la STC 227/1993, de 9 de julio, reconoce la vertiente institucional del derecho a la libertad de empresa «en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos».

(38) MUÑOZ MACHADO y BAÑO LEÓN, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en libro colectivo *La empresa en la Constitución*, ob. cit., pág. 217. En este mismo sentido BAÑO LEÓN sostiene que el legislador, al regular el ejercicio de la libertad de empresa, no sólo desarrolla un derecho, sino que actualiza la opción constitucional por una economía social de mercado. *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la*

— En su vertiente individual: Los particulares pueden oponer frente al legislador su derecho subjetivo a la libertad de empresa, siempre y cuando la medida de intervención estatal no esté amparada en la satisfacción del interés general, o dicha medida sea desproporcionada afectando al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa (39). La consideración del derecho de libertad de empresa como derecho subjetivo significa que tal derecho gozará de protección ante los Tribunales en los términos de los artículos 24, 53 y 106 de nuestra Constitución frente a posibles intromisiones ilegítimas de los poderes públicos, teniendo en cuenta, como recuerda la STC 227/1993, de 9 de julio, que este derecho no es un derecho absoluto ni prevalente frente a otros derechos constitucionales:

«conviene recordar que la propia Constitución (...) la que condiciona el ejercicio de esa libertad a las “exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el Derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983)».

Eso sí, será tutelable ante los Tribunales por el procedimiento ordinario pues, por no tratarse de un derecho fundamental, no será susceptible ni de protección mediante el procedimiento preferente y sumario ofrecido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, de 26 de diciembre de 1978, ni de recurso de amparo.

Constitución Española, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 24, 1988, págs. 173-174.

(39) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., págs. 86-87; MUÑOZ MACHADO y BAÑO LEÓN, «Libertad de empresa y unidad de mercado», ob. cit., pág. 215; Rafael ENTRENA CUESTA, «El modelo económico de la Constitución española de 1978», en *La empresa en la Constitución española*, ob. cit., pág. 25. TORNOS MAS considera, por contra, que en el artículo 38 CE no estamos ante un derecho subjetivo que pueda oponerse a la intervención estatal. *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982, pág. 150.

No obstante, los particulares afectados tienen el derecho a obtener, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución —como recuerda la STC 238/1992, de 17 de diciembre—, su tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión, en cuyo caso sí quedará abierta la vía del recurso de amparo. Por otro lado, debemos recordar que cualquier ley que afectase a este derecho subjetivo desproporcionadamente podría ser objeto de declaración de inconstitucionalidad por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Con todo, por su consideración de derecho constitucional encuadrado en el Título I, su regulación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de nuestra Constitución, debe realizarse por ley, entendiéndose como válida, al igual que se dirá al hablar del supuesto de las reservas del artículo 128.2 CE, la ley ordinaria y la Delegación legislativa en la forma Ley de Bases-texto articulado, no resultando adecuada ni la técnica de Ley Orgánica ni el Decreto-Ley (40).

Por último, hemos de realizar una sucinta referencia al alcance de la expresión «contenido esencial» (art. 53 de la Constitución), con la que se pretende afirmar la existencia de un núcleo duro necesario, indisponible por el legislador, del derecho a la libertad de empresa (41). Es decir, sólo por ley podrá regularse el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, pero dicha regulación legal deberá, en todo caso, respetar el contenido esencial del derecho. De esta forma, la noción de contenido esencial se configura como «límite de los límites», frontera infranqueable a las posibles limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio del derecho.

La cuestión radica en concretar cuál es ese contenido esencial, habida cuenta, como destaca la STS de 23 de abril de 1986 (Ar. 1764), «la ambigüedad e imprecisión del artículo 38 del texto constitucional». Para ello, el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 11/1981, de 8 de abril, marcó unos criterios teóricos que permitiesen su identificación, que, resumidamente, son:

(40) No merece la pena detenernos en este punto, remitiéndonos a lo que se dirá con posterioridad al hablar de las reservas en favor del sector público. Con todo, por todos, véase S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., págs. 157-158; TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y tarifas*, ob. cit., págs. 153-160, y F. DIEZ MORENO, *Crónica constitucional: las restricciones a la libertad de establecimiento y la doctrina constitucional*, «Hacienda Pública Española», núm. 92, 1985, págs. 239 y ss.

(41) El «contenido esencial» se comprende, como indicó I. DE OTTO Y PARDO, como «límite de los límites». «La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 CE», en libro col. L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 125-135.

«(...) Constituye el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así.

El segundo camino posible para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido de derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (42).

En el plano teórico, queda así recogida la idea de contenido esencial de un derecho. Sin embargo, es en la STC 225/1993, de 8 de julio, en la que se concreta el contenido esencial del derecho de libertad de empresa como (43)

«el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía

(42) PAREJO ALFONSO realiza un estudio detallado y preciso de las cuestiones planteadas en esta interesante Sentencia. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 3, 1981, págs. 169 y ss. En sentido similar se ha expresado la STC 37/1987, de 26 de marzo, al entender el contenido esencial del derecho de propiedad «como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable».

(43) El Tribunal Constitucional alemán ha configurado la teoría de los tres niveles de protección de la libertad empresarial, generando cada uno de ellos distintos grados de protección y distintas posibilidades de limitación en función de las materias que incluyen aquella genérica libertad: libertad de fundación de una empresa y de acceso al mercado, libertad de organización del empresario, libertad de dirección de la empresa, libertad de la actividad en el mercado y protección de la existencia de la empresa. Vid. F. OSSENBUHL, *Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 32, 1991, págs. 21-40.

de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general» (44).

Pues bien, concretando, el derecho de libertad de empresa presupone fundamentalmente libertad de acceso al mercado por parte de los agentes económicos, libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado y libertad de cesación o salida del mercado. Haremos una breve referencia a cada uno de estos presupuestos (45).

— Libertad de acceso al mercado: La libertad de acceso al mercado implica que cualquier agente económico, público o privado, puede, en condiciones de igualdad, iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una empresa, bien mediante la adquisición de empresas ya existentes. La libertad de acceso al mercado se proyecta sobre todas las actividades económicas a excepción, claro está, de aquellas actividades reservadas al Estado mediante el procedimiento del artículo 128.2 CE, como reconoce la STC 17/1990, de 7 de febrero.

(44) En términos similares se expresa la STC 84/1993, de 8 de marzo, al afirmar que «el artículo 38 no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden». Como destaca RUBIO LLORENTE, el significado de esta jurisprudencia es que la Constitución garantiza la libertad de empresa pero no que todas las empresas hayan de gozar la misma libertad. «La libertad de empresa en la Constitución», en libro col. *La reforma del mercado de trabajo* (Dir. E. Borrajo), Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pág. 34.

(45) Vid. DE GISPERT PASTOR, *La noción de empresa en la Constitución española*, ob. cit., pág. 44. En estos términos se expresan, integrando dentro del derecho a la libertad de empresa el derecho a la existencia, al nombre y a la identificación, al domicilio, a la igualdad, a la protección y confidencialidad, a la publicidad, a la asociación corporativa, a la tutela jurídica y jurisdiccional, al patrimonio, a los beneficios, a la organización, administración y gobierno, a la libertad de contratación y de retribución del personal, a la actividad, a la productividad y competitividad, a la innovación, a la investigación y a la propiedad tecnológica e industrial y al fondo de comercio y a la clientela, BROSÁ BALLESTEROS, «El Estatuto de la empresa», en el libro col. *La empresa en la Constitución*, ob. cit., págs. 65 y ss., y MARTÍNEZ VAL al concretar los derechos y libertades que conforman el núcleo de la libertad de empresa, *Comentarios a la Constitución española (art. 38)*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1983, págs. 667-670.

Por otro lado, la consecuencia principal de esta libertad de acceso es la existencia de la regla de libre competencia, sin la cual quedaría vacío de contenido el derecho que examinamos. Y es el propio derecho de libertad de empresa el que impone la ordenación del mercado a fin de garantizar la concurrencia. En tal sentido se han pronunciado nuestros Tribunales. Así, el Tribunal Constitucional, en STC 88/1986, de 1 de julio, emplaza a los poderes públicos a fin de evitar

«... aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de la tendencia de éste».

En este mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, como se puede comprobar en su sentencia de 28 de abril de 1987 (Ar. 4499), por la que se anula una disposición administrativa en razón de vulnerar el derecho a la libertad de empresa al imponer una práctica monopolística, lo que supone, en palabras del Tribunal:

«... Esto suprime toda competencia en el sector comercial afectado y significa una situación privilegiada por su carácter de monopolio. En consecuencia, tal situación ha de ser calificada como restrictiva o, más bien, absolutamente impeditiva de la libre concurrencia inherente al modelo de economía de mercado...»

Por tanto, esta regla de libre acceso al mercado exige de los poderes públicos una doble actuación: por un lado, que su actuación respete las reglas del mercado, es decir, acepte las reglas del juego por las que se regula la iniciativa privada y, por otro, que formule y establezca todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la regla de libre competencia.

— Libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado: Esta libertad implica que el empresario, público o privado, tiene libertad para proceder a la organización interna y externa de su empresa, así como al modo de realización de su actividad económica, si bien res-

petando en cualquier caso la ordenación jurídica existente al respecto (46). Esto significa que, como indica la STC 92/1992, de 11 de junio, son posibles ciertas intervenciones administrativas (como la contenida en el art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores relativa a la necesidad de autorización administrativa en ciertos supuestos de negociación colectiva), legitimadas por el propio artículo 38 CE, que no sólo reconoce la libertad de empresa —y por ende, el inherente poder de dirección empresarial—, sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad. «El que la Administración se pronuncie, en casos de probadas razones técnicas, organizativas y productivas, sobre la adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se inscribe sin dificultad dentro de esa previsión constitucional». Asimismo, otro límite importante a esta libertad de ejercicio empresarial lo encontramos en la «economía general y en la solidaridad», parámetros cuya evaluación, como recuerda la STC 135/1992, de 5 de octubre, «se mueve dentro de un amplio abanico de discrecionalidad, dentro de las coordenadas de la oportunidad y conveniencia», no correspondiendo al Tribunal Constitucional la función de juzgar el acierto o error de esas medidas de la política económica, sino tan sólo su ajuste al contenido constitucional.

Por otro lado, esta facultad supone el reconocimiento de la competencia entre unos y otros, aceptando el hecho de que con ésta pueden existir pérdidas de clientela. Al respecto se ha pronunciado la STC 64/1990, de 5 de abril, afirmando que la libertad de empresa debe ser entendida como libertad de actuación, de elección de la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado

Esta gestión empresarial se encuentra con dos límites fundamentales: la participación de los trabajadores en la misma —art. 129.2 CE— y la posibilidad de que el Estado lleve a cabo, por razones de interés general, la intervención de empresas —art. 128.2 final CE—. Ahora bien, las referencias que realiza el artículo 129.2 CE a la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa y al establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, no son auténticos límites a la gestión empresarial, pues no se proyectan sobre el

(46) Sobre este punto, en lo que se refiere a la gestión operativa de la libertad de empresa, vid. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., págs. 151-153. Gestión operativa que, como bien señala este autor, se encuentra con dos límites fundamentales: la participación de los trabajadores en la misma (art. 129.2 CE), y la posibilidad de que el Estado lleve a cabo, por razones de interés general, la intervención de empresas (art. 128.2 final CE).

empresario que en su actuación individual desarrolla una actividad económica en ejercicio del derecho constitucional que le asiste, sino que son mandatos al legislador, orientaciones o directrices, que han de ser tenidas en cuenta por los poderes públicos al diseñar y llevar a cabo su política económica, como valores que, junto a otros igualmente establecidos en la Constitución, han sido queridos por el constituyente. Sí que supone, en cambio, un límite evidente al ejercicio del derecho de libertad de empresa la posibilidad, constitucionalmente admitida, de la intervención de empresas en casos excepcionales, lo que determinará bien el apartamiento coactivo de la actividad empresarial, bien una gestión mediatizada en función del interés general. Dicha intervención es, por su propia naturaleza, temporal o provisional o de emergencia ante determinadas circunstancias de crisis empresarial (47).

— Libertad de cesación o de salida del mercado: Supone el derecho a cesar en cualquier momento en el desarrollo de su actividad. Es decir, que no existe ningún deber que obligue al empresario a continuar indefinidamente realizando una actividad de carácter económico, configurándose incluso (art. 37.2 CE) el derecho constitucional de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Una de tales medidas puede ser el llamado *lock out* o cierre patronal, aunque en la regulación legal de tal medida (como en la de aquellas que corresponden a los trabajadores, especialmente la huelga), deberán contemplarse «las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Caracterizado de esta manera el contenido del derecho a la libertad de empresa, debemos por último destacar que el derecho de libertad de empresa es una de las manifestaciones del abstracto derecho de libertad reconocido por nuestra Constitución en su artículo 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico español. Y en este sentido lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de enero de 1982 (Ar. 198) al declarar el principio de «libertad industrial como una manifestación más de la libertad general». Y ello va a tener su relevancia jurídica debido a que, como señala S. MARTÍN-RETORTILLO, el principio de libertad goza de una protec-

(47) Sobre la cuestión relativa a la intervención de empresas puede consultarse el trabajo de J. HERNANDO, «La intervención pública de empresas privadas», en *Libro-Homenaje a GARCÍA-TREVUJANO*, IEAL, Madrid, 1983, págs. 713 y 717. Dos son los requisitos necesarios que debe respetar una intervención de empresas: 1) que dicha medida no introduzca privilegios en orden a eliminar el libre juego de la competencia; 2) que no acote el mercado mediante instrumentos económicos o técnicas de carácter discriminatorio. Vid. OJEDA MARÍN, *La intervención de empresas en el ordenamiento vigente*, «REDA», núm. 57, 1988, págs. 75-76.

ción especial que consiste, primero, en el carácter restrictivo de todas las medidas limitativas de la libertad; segundo, en la exigencia de que éstas sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar; y, tercero, en el sometimiento de las mismas al principio de igualdad (48). Bajo estas tres pautas deben ser interpretadas todas aquellas medidas que inciden en el derecho de libertad de empresa, a la vez que éstas deberán respetar los requisitos derivados de la normativa constitucional: reserva legal y respeto al contenido esencial.

II. LAS RESERVAS AL SECTOR PÚBLICO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

En este apartado específico se pretende analizar los requisitos objetivos y procedimentales que tienen por finalidad garantizar la corrección del uso que de las mismas puedan hacer los poderes públicos competentes: presupuestos, procedimiento, indemnización y control jurisdiccional.

1. *Una aproximación a su concreto contenido y significado*

Las medidas interventoras que excluyen a la iniciativa privada (como sucede con la técnica de reserva) tienen importantes consecuencias, tanto de índole jurídico como de índole económico y político. Su trascendencia es tal que todos los textos constitucionales suelen hacer mención a la posibilidad y alcance de tal medida de intervención. Nuestra Constitución no es en este punto diferente y dedica, aunque no sin polémica, un artículo para regular dicha posibilidad (49). Así, el artículo 128.2 de nuestra Carta Magna afirma:

(48) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 171.

(49) Dicha posibilidad había sido recogida ya con anterioridad, aunque con distinto alcance, en nuestra Constitución de 1931, al señalar su artículo 44 que los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. A su vez, en dicho artículo se hacía mención a la subordinación de toda la riqueza del país a los intereses de la economía nacional; la expropiación forzosa por causa de utilidad social; la posibilidad de la socialización de la propiedad y la intervención del Estado mediante ley en la explotación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. Se comprueba que todos estos principios contenidos en este precepto suponen un alto grado de intensidad en la orientación social del régimen jurídico de la propiedad y de la libre iniciativa económica de los particulares, lo que originó que su debate revistiera especial polémica. Sobre este punto puede consultarse el libro de FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 562.

«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

Así, pues, el 128.2 CE permite —que no impone— la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. La finalidad de dicho precepto no es otra sino la de admitir la posibilidad de que el sector público, cuando en base a razones de interés general se considere oportuno, asuma con exclusividad una determinada actividad o servicio (también de recursos), sustrayendo su gestión de manos privadas (50). Esto, tanto nos encontremos ante una actividad o servicio que se plantee *ex novo*, como si con anterioridad a tales actividades o servicios hubieran sido desempeñados o desarrollados por el sector privado.

Nuestro Texto Fundamental admite la posibilidad de reserva de actividades y servicios esenciales, si bien no la impone (51). Lo que debe quedar claro es que se trata de una posibilidad, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC 189/1991, de 3 de octubre, que acepta el planteamiento de opción y no de imposición al considerar que la declaración de servicio público —técnica para operar la reserva de actividades económicas— «aunque no sea una afirmación necesaria, se encuentra dentro de los poderes del legislador», siendo más expresivo al respecto el voto particular formulado por el Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, que dice:

«... puede ser compatible con el precepto constitucional, aunque no sea la única opción posible, la consideración de servicio público y el sometimiento de la emisión televisiva a un régimen de intervención administrativa previa; pero ello siempre que existan razones que justifiquen suficientemente el sacrificio o la restricción» (cursiva nuestra).

(50) BASSOLS COMA afirma que la esencia teleológica de la reserva no radica en legitimar una iniciativa económica pública —que los poderes públicos tienen ya reconocido constitucionalmente— sino de sustraer de la esfera de la iniciativa privada o empresarial la legitimación del ejercicio de una actividad por razones de interés público. *Constitución y sistema económico*, ob. cit., págs. 177-178.

(51) Así se expresan, entre otros, R. MARTÍN MATEO, *Larga marcha hacia la liberalización de la economía española*, ob. cit., pág. 727, y ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en obra colectiva *El modelo económico en la Constitución española*, ob. cit., pág. 101. La reserva tiene carácter puramente potestativo. No obstante, GASTÓN SANZ defendió la tesis de la obligación de nacionalizar todos los sectores esenciales, propuesta que no fue aceptada, siendo rechazada por la gran mayoría. «DSCD», núm. 85, 9 de junio de 1978, págs. 3150-3152, y núm. 110, 14 de julio, págs. 4272-4273.

Por otro lado, ya que nuestra Constitución consagra, como hemos visto, un sistema de economía social de mercado en el que conviven, en régimen de igualdad, el sector público y el sector privado, las reservas deberán tener un carácter excepcional por cuanto suponen una mutación de la estructura concebida sobre el poder económico debido al trasvase de recursos del sector privado al sector público. La posibilidad de reserva al sector público de determinada actividad económica debe ser admitida, pero siempre que se justifique la necesidad de tal medida y no suponga, por su extensión, un vaciamiento del contenido esencial de la libertad de empresa; límite infranqueable (52).

A su vez, debe reseñarse la polémica en torno a la eficacia y oportunidad de dicha técnica, que ha sido considerada —y no sin razón en muchos casos— como económicamente ruinoso y, por tanto, nada satisfactoria desde el punto de vista del interés general (53). No obstante, su uso, desde un punto de vista estrictamente constitucional, es completamente legítimo, pero entendiendo siempre tal prerrogativa con carácter estricto. Es, indudablemente, una posibilidad excepcional, por suponer una restricción al principio de libertad de empresa, ya que se suprime en dicho sector o actividad económica la competencia económica por su polo antagónico: el monopolio (54).

Finalmente, en lo que respecta a su concreto significado —siendo éste uno de los temas más conflictivos y donde más numerosas han

(52) Evidentemente, sobra cualquier comentario que lo justifique. La gravedad de tal medida es palpable por suponer una colisión con la mayoría de los principios constitucionales económicos, especialmente al derecho de la libertad de empresa. A su vez, como destaca DE JUAN ASENJO, con tal medida, se excluye la regla de la compatibilidad entre la iniciativa económica privada en el ámbito económico no publicado, contradiciéndose también el principio de conformidad con el mercado en todas sus vertientes, ya que se expulsa al propietario y al empresario privado de la gestión de ciertos recursos o servicios y levanta un monopolio de derecho en una economía regida por la competencia entre productores. *La Constitución económica*, ob. cit., pág. 196.

(53) En este sentido se expresa GARRIDO FALLA al afirmar que los mayores peligros de la economía de mercado se encuentran en la tentación nacionalizadora. «Alegando razones unas veces obvias (como la defensa nacional) y otras veces ideológicas (que la concentración del poder económico implica explotación de las fuerzas trabajadoras) se arranca del sector privado una actividad, sin considerar, en cambio, un punto de vista que al observador imparcial le resulta elemental: si al nacionalizar se va a incrementar la productividad del sector, dando lugar a lo que se ha llamado un «modelo de espera» en la marcha hacia la total socialización de la economía.» *El modelo económico de la Constitución Española*, ob. cit., vol. I, pág. 65. Por otro lado, como señala VON MISES, el Estado de bienestar no funciona sin un considerable grado de nacionalizaciones. Pero, al mismo tiempo, resulta que toda política de nacionalizaciones es ruinoso, pues las empresas públicas son siempre deficitarias y más caras que las privadas. *Liberalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1982, pág. 99. Esta misma afirmación es aportada por GARCÍA COTARELO, «Crisis y reformulación del Estado de Bienestar», en el libro colectivo *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 25.

(54) Por todos, FONT GALÁN, *Constitución económica y derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 163.

sido las opiniones doctrinales— puede afirmarse que el artículo 128.2 CE contempla —es, junto al dominio público, una de sus posibilidades— la técnica del servicio público como instrumento de reserva al sector público (55). Por ello, cualquier reserva al sector público de actividades económicas se producirá mediante la utilización de dicha técnica, que implicará la asunción en exclusiva de dicha actividad por parte de la Administración. Por tanto, servicios esenciales y servicios públicos se mueven en polos distintos. El primero es la finalidad de la reserva; el segundo, la técnica, el instrumento a través del cual se opera dicha reserva (56). Esto nos conduce a afirmar que es en el artículo 128.2, y no en otro, donde tiene acogida la concepción tradicional de servicio público, entendido como forma de intervención de los poderes públicos en el sector económico para asumir la titularidad de alguna actividad o servicio. Por tanto, no puede hablarse de servicios públicos —en su noción estricta— antes de la reserva. Además, el artículo 128.2 CE, recoge la posibilidad de reserva al sector público a través de tres vías de instrumentación: la declaración de servicio público y su gestión indirecta, la nacionalización —entendida en sentido estricto, cuando el servicio público es gestionado por una empresa pública—, y la estatalización o socialización (57).

(55) La reserva, como indica ARIÑO ORTIZ, no es ningún fenómeno nuevo. Las actividades objeto de reserva de actividades económicas a que se refiere el 128.2 CE son, ni más ni menos, los servicios públicos entendidos en sentido estricto, declarados como tales. «La Empresa pública», *ob. cit.*, pág. 102. En idéntico sentido se expresan ENTRENA CUESTA, al afirmar que la posibilidad de declaración servicial está reconocida en el artículo 128.2 CE. *El principio de libertad de empresa*, *ob. cit.*, pág. 163, y CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 94. Por contra, BASSOLS COMA opina que en el texto constitucional no existen elementos normativos suficientemente contundentes para considerar que la concepción o técnica del servicio público, tal como es conocida en el marco del Derecho Administrativo, haya sido plenamente consagrada o asumida, pero paralelamente tampoco concurren argumentos para sostener que ha sido rechazada o revisada a fondo. *Constitución y sistema económico*, *ob. cit.*, pág. 184.

(56) Se trata, conviene aclararlo, de la categoría de servicio público estricto, no comprendiendo las declaraciones de servicio público concurrente, es decir, aquellas en las que no se excluye a la iniciativa privada (como sucede con la educación o la sanidad). Al respecto, en extenso, vid. GIMENO FELIÚ, *Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 5, 1994.

(57) Así, la declaración de una actividad como servicio público gestionado por concesionarios, puede ser un paso previo para la posterior nacionalización de la actividad, como sucedió con los ferrocarriles, que fueron nacionalizados en 1941 a través del rescate de todas las concesiones ferroviarias. Sobre este punto resulta de interés la consulta del libro del profesor BERMEO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España*, Tecnos, Madrid, 1975, págs. 129-189.

2. Presupuestos legitimadores de las reservas al sector público

Las reservas al sector público suponen, como se ha afirmado con anterioridad, una negación radical de la libertad de emprender y, por ello, sólo son posibles y legítimas en los casos, siempre excepcionales, previstos en nuestra Constitución. Por ello, es necesario precisar los presupuestos legitimadores de tales reservas.

Nuestro texto constitucional habla de «recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio». Sin embargo, el texto original de la ponencia constitucional era distinto: «La ley podrá reservar al sector público servicios públicos esenciales, explotación de fuentes de energía o actividades que constituyen monopolio» (58). Y la modificación, como veremos, tuvo una gran importancia.

Del contenido del artículo 128.2 CE, inciso segundo, podemos constatar, en primer lugar, que el objeto de la reserva al sector público queda remitido a los conceptos que acaban de señalarse: recursos y servicios esenciales. ¿Qué cabe entender por unos y otros?

La Constitución, al referirse a recursos está aludiendo, básicamente, a una expresión ajena a nuestro derecho tradicional pero totalmente asumida en la actualidad: en principio, parece referirse a los recursos naturales, sean renovables o no, como pueden ser los bosques, aguas, minas, etc. Dicha interpretación resulta afianzada por las referencias que la propia Constitución recoge en otros preceptos —arts. 45.2 y 132.2—, en muchos de los cuales, sin embargo, no habrá necesidad de reserva por haber sido declarados ya como dominio público, bien sea por la misma Constitución (zona marítimo-terrestre, playas, etc.), bien por la ley sectorial de que se trate (aguas continentales, montes, minas, etc.) (59). Más amplias y menos definidas

(58) Ambos textos, sobre todo el original, son similares a los del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y al artículo 43 de la Constitución italiana. Así, este último habla de «servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situación de monopolio». En la primera se habla de «empresas que tengan o adquieran los caracteres de un servicio público o de un monopolio de hecho».

(59) Sobre este punto, por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 253, y BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 186. En opinión de S. MARTÍN-RETORTILLO, el concepto de reserva se refiere a la actividad de gestión y explotación por cuanto la titularidad de estos recursos con frecuencia es pública. En este mismo sentido FONT I LLOVET distingue entre afectación demanial, a la que considera como la exclusión de un bien del tráfico jurídico privado, es decir, de titularidad pública; de los supuestos de reservas del artículo 128.2 de la Constitución, a las que considera como la exclusión del ejercicio de la actividad económica privada en relación con determinados recursos o servicios. Así, la reserva puede recaer sobre bienes de dominio público. «La ordenación constitucional del dominio público», en *Libro Homenaje al profesor GARCIA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3927-3930. No comparto dicho planteamiento. La declaración de unos bienes como dominio público —con la consiguiente atribución de titularidad pública— implica ya una reserva, por lo que se deben exigir los

son, sin embargo, las posibilidades de reservas de servicios esenciales. En ellas centraremos la atención de nuestro análisis, debido al interés que revisten en el desarrollo del proceso económico.

Prescindiendo ahora de concretar significado de recursos y servicios y su carácter de esencial —cuestiones que se tratarán posteriormente—, hemos de remarcar que el hecho de que una actividad o servicio pueda tener el carácter de esencial no significa que tenga que ser reservado al sector público. Ello es evidente. Al margen del carácter potestativo, discrecional, para proceder a la reserva de un recurso o servicio esencial, debe quedar claro que dicha reserva no se habrá de producir cuando dicha actividad, sin constituir monopolio, sea correctamente explotada por el sector privado en régimen de mercado. En dichos casos, sería difícil de justificar el interés general, presupuesto habilitador esencial de toda intervención estatal. El problema básico es la racionalidad social, económica y técnica de la actividad; por ello, actividades comprendidas en el supuesto de reserva pueden seguir en el sector privado si con ello se evitan peores males de los que se trata de remediar (60).

Por otro lado, nos encontramos con el problema de precisar el alcance de la expresión «especialmente en caso de monopolio». El mero hecho de la existencia de monopolio en la actividad o servicio, no es causa suficiente para declarar la reserva, sino que aquél requiere siempre, con carácter previo, la calificación como esencial del servicio (61). Por tanto, la existencia de un monopolio de hecho en determinada actividad o servicio que no pueda ser calificada como esencial deberá ser combatida por todos los medios (v. gr., creación de empresas públicas concurrentes, legislación antimonopolio, etc.), pero nunca —sería inconstitucional— podrá utilizarse el mecanismo de las reservas al sector público.

requisitos del 128.2 CE para que se publique. La opción de declarar un recurso como dominio público, al igual que, como veremos, declarar una actividad como servicio público, encuentra su única cobertura legal en el artículo 128.2 de la Constitución. Por ello no caben reservas de recursos sino en los supuestos específicamente señalados por dicho precepto, siendo la técnica de la declaración de dominio público una técnica de reserva de recursos en favor del Estado.

(60) Vid. MARTÍNEZ ESTERUELAS, «El principio de libre iniciativa económica privada en el Anteproyecto de Constitución», en *Estudios sobre el anteproyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 309. El sector eléctrico es en España, para ARINO ORTIZ, un ejemplo de esta situación. *Comentario a Leyes Políticas. La Constitución Española (art. 128)*, ob. cit., pág. 39.

(61) Esta es una diferencia sustancial con el texto primitivo de la ponencia constitucional y el artículo 43 de la Constitución italiana, donde se afirma que las empresas o categorías de empresas objeto de reserva deben referirse a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y revestir carácter de preeminente interés general. Sobre su concreto contenido, por todos, G. ABBAMONTE, «L'erogazione dell'energia elettrica come servizio pubblico», en la obra colectiva *Energia e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 1989, págs. 16 y ss.

En estos casos de existencia de monopolio nos encontramos, pues, ante una modalidad de reservas con agravante, pues en este caso el potestativo «podrá reservarse» se refuerza con el adverbio «especialmente» (62). Se trata de una de las armas más energéticas contra el poder monopolista de las empresas privadas, y para su uso no hará falta aguardar a que exista una sola empresa en el sector que controle todo el mercado, bastará con que exista concentración de empresas con dicha finalidad (63). Esta posibilidad se fundamenta, como destaca GÓMEZ-FERRER MORANT, en la idea de que la economía de mercado tiene uno de sus pilares en la existencia de concurrencia, y en que el monopolio puede conducir a prácticas abusivas en relación con los consumidores (64).

Por tanto, esencialidad y monopolio actúan en distintos planos, teniendo el monopolio carácter subordinado o complementario a la esencialidad. Efectivamente, en cualquier caso las actividades o servicios objeto de la reserva deben ser, ante todo, esenciales para la vida económica o el desarrollo de las prestaciones sociales exigidas por la Constitución. Sólo en los casos que una actividad, servicio o recurso revista tal carácter podrá valorarse la concurrencia de la situación de monopolio como causa adicional que justifique la reserva (65). Y son esenciales, como ha señalado la STC 26/1981, de 17 de julio,

«... aquellas actividades industriales o mercantiles de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. En la definición de los servicios esenciales entra el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales; mas de acuerdo con una segunda concepción un servicio no es esencial por la naturaleza de la actividad que despliega, sino por el resultado que con dicha actividad se pretende y por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, de manera que para que el servicio

(62) DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 197.

(63) Esta fue la doctrina sentada en Italia por la Corte Costituzionale, en la famosa sentencia 59/1960, al interpretar el término "monopolio".

(64) De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, indica que la competencia, «como principio rector de toda la economía de mercado, constituye en el plano de las libertades individuales la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa». GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Libro Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, ob. cit., pág. 3828.

(65) Por todos, BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 190. Opinión contraria es mantenida por ARIÑO ORTIZ al afirmar que la declaración de reserva exigirá ordinariamente ambas notas tipificadoras conjuntamente: que sea un servicio esencial y que esté llamado a ser monopolio natural. «Constitución, modelo económico y nacionalizaciones», ob. cit., pág. 28.

sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos» (cursiva nuestra).

Por último, dentro de los presupuestos legitimadores, hemos de hacer referencia a la cuestión de la globalidad de la reserva. Ha sido habitual en la doctrina afirmar que toda declaración de reservas de actividades económicas sólo pueden efectuarse si éstas son consideradas en su conjunto total, afectando, por tanto, a todos los que en el momento actual o futuro pudieran llegar a ser titulares de servicio o ejercer la actividad. Dicho planteamiento descarta la hipótesis de una reserva singular de una empresa concreta (66): la reserva habrá de hacerse globalmente y no de una empresa concreta, pues si ésta fuese de necesaria adquisición o intervención bastaría con aplicar la técnica de la expropiación forzosa o la intervención de empresas (67). Por otro lado, para otros autores la reserva no tiene por qué afectar a un sector económico completo. Ello parece lógico. Si el interés general queda satisfecho con la reserva de alguna de las fases de dicha actividad o servicio deberá admitirse la legitimidad de tal medida (68). Así, la reserva puede no afectar a la totalidad de un proceso productivo en su integridad, sino sólo a una fase del mismo. No obstante,

(66) Así se expresan, entre otros, GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, ob. cit., pág. 64; Ramón ENTRENA CUESTA, «El Principio de libertad de empresa», en *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. I, ob. cit., pág. 34; E. SERRA REXACH, *La empresa pública*, «REDA», núm. 22, 1979, pág. 362; CÍRCULO DE EMPRESARIOS, «La regulación del derecho de libertad de empresa en el proyecto de Constitución», en *La Empresa privada en la Constitución española*, ed. propia, Madrid, 1979, págs. 127 y ss.; DIEZ MORENO, *Las directrices del Consejo Constitucional francés en materia de nacionalizaciones*, «Presupuesto y Gasto Público», núm. 12, 1982, págs. 218-219; GÓMEZ-FERRER MORAÑT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», ob. cit., pág. 3830, y GIMENO FELIÚ y TENA PIAZUELO, en libro col. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., pág. 704.

(67) Esto significa que no puede aceptarse la idea de que la reserva puede afectar a una empresa o grupo de empresas aisladamente. El artículo 128.2 CE, no se olvide, hace referencia a recursos y servicios, no a empresas aisladas. Dicho precepto enmarca la libertad política del legislador. Este podrá reservar cuando la actividad sea esencial y sea necesaria su reserva para la consecución del interés general; pero dicha nacionalización deberá afectar a una actividad —o una de sus fases— y no a empresas concretas. En dicho caso, al margen de la posibilidad expropiatoria (caso Rumasa), deberá utilizar otra técnica reconocida por el 128.2 CE: la intervención de empresas, medida que tiene por objeto empresas concretas que —en base al interés general— deben ser vigiladas y controladas por el Estado. Intervención que comprende toda clase de acciones que, sin afectar a la titularidad de la empresa —dato de extraordinaria importancia—, producen una publicación de la gestión mediante medidas que podrán concretarse en cada caso, entre las cuales cabe que la misma dirección de la empresa venga asumida por el ente público de intervención. Dicha intervención es por su propia naturaleza temporal o provisional o de emergencia ante determinadas circunstancias de crisis empresarial. Vid. Justo HERNANDO, «La intervención pública de empresas privadas», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA-TREVIJANO*, ob. cit., págs. 713 y ss.

(68) ARIÑO ORTIZ, *Comentario a las leyes políticas (art. 128)*, ob. cit., pág. 40, y DE JUAN ASEÑO, *La Constitución económica*, ob. cit., pág. 197.

dicha afirmación plantea problemas prácticos: el de la independencia entre diversas fases de una actividad o servicio, dependiendo su solución del caso concreto (69).

En conclusión, se pueden reservar fases aisladas, siempre que sean independientes en un determinado sector o actividad, pero lo que no procede —por imperativo constitucional— es la nacionalización aislada de empresas. Si el interés general lo exige cabrá bien su intervención o bien su expropiación, pero nada más.

3. *Procedimiento para realizar las reservas*

Indudablemente, la posibilidad de una operación de reserva de actividad o servicios en favor del sector público exige que, en un Estado de Derecho, ésta venga acompañada de ciertos requisitos procedimentales que garanticen la corrección jurídica de tal medida, procedimiento que se centra en estos tres puntos en cuestión: alcance del sentido de la expresión «mediante ley», técnica legislativa admisible y ámbito competencial.

a) *Alcance de la expresión «mediante ley».*

En tal sentido, el artículo 128.2 CE habla de que «mediante ley» se podrán operar reservas de actividades o servicios en favor del sector público. Por tanto, la exigencia de ley es ineludible (70); ley que tendrá un carácter singular, consecuencia de la propia expresión «mediante ley», tal y como se desprende del tenor de los antecedentes legislativos (71).

(69) En el caso del sector eléctrico se ha nacionalizado la fase de transporte de electricidad a través de la red de alta tensión pero no la producción, que ha quedado en manos de empresas eléctricas privadas bajo un régimen de libertad de iniciativa económica, ni el suministro, que mantiene el régimen jurídico derivado de su calificación como actividad de servicio público. Vid. GIMENO FELIU, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 117 y ss.

(70) La expresión utilizada en el artículo 128.2 CE está tomada del artículo 15 de la Ley Fundamental de Bonn: «con fines de socialización, y mediante una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización», no aceptándose, como ya se ha dicho, el modelo de «la ley», contenido en la Constitución portuguesa.

(71) En efecto, el grupo socialista, a través de su intento de introducir la expresión «la ley podrá», pretendía permitir que una sola ley fijase las condiciones a través de las cuales se produciría la reserva en favor de la Administración de la totalidad o un amplio número de recursos o servicios calificados como esenciales; mientras que la expresión finalmente aceptada, «mediante ley», implica la necesidad de la aprobación de una ley específica para cada sector económico que pretenda reservarse. En el fondo de toda esta disputa semántica latía un problema jurídico-constitucional de gran trascendencia que no hacía sino reiterar la polémica ya iniciada en la doctrina en torno a la institución de la expropiación forzosa —entre la expropiación *ope legis* y la expropiación en base a lo dispuesto en

Dato que confirma esta opinión es el hecho de que la ponencia constitucional suprimió el artículo «los» que precedía a la expresión «recursos o servicios esenciales». La trascendencia de tal reforma es evidente y debe tenerse en cuenta para una cabal interpretación en este punto del artículo 128.2 CE. Dicho artículo, en su redacción primigenia, con el artículo «los», apuntaba a una nacionalización colectiva de los servicios y las fuentes de energía —término que también se sustituyó por la palabra «recursos»—, mientras que la redacción definitiva sólo contempla la posibilidad de reservas individualizadas sobre los recursos o servicios que tengan la configuración de esenciales (72).

Es por ello que, a nuestro entender, resulta errónea la opinión defendida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de diciembre de 1986 (Ar. 7472), en la que se afirma que

«no hay que exigir una ley en cada caso de las actuaciones en la propiedad privada, o que cada actuación concreta esté amparada por una ley específica directamente dictada a tal propósito; baste con una ley que contemple la intervención de forma abstracta y generalizada; lo único que el precepto quiere decir es que por vía reglamentaria, como única cobertura, se imposibilita una intervención legítima, pero nada más».

Tal afirmación supone el desconocimiento de la verdadera finalidad de la expresión «mediante ley» introducida por los constituyentes. Así, pues, debemos reafirmarnos en la necesidad de una ley singular para cada reserva concreta.

Por otra parte, BASSOLS COMA apunta la posibilidad de que se pueda aprobar una ley general sobre reservas para sectores determinados de recursos y servicios, fijándose en ella las condiciones básicas, presupuestos y procedimientos para llevarlo a cabo, obteniendo

las leyes— y que ahora se trasladaba al campo de las reservas. Por todos puede consultarse BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 193.

(72) Con carácter enunciativo, vid. O. ALZAGA, *La Constitución de 1978 (Comentario sistemático)*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pág. 783; SÁNCHEZ AGESTA, *Constitución española (edición comentada)*, CEC, Madrid, 1979, págs. 261-262; CAZORLA PRIETO, «El artículo 128», en *Comentarios a la Constitución Española*, edición dirigida por GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1985, pág. 1877; A. ROJO, *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española*, ob. cit., pág. 339; SERRANO TRIANA, *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de Bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, págs. 100-101; CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., pág. 85; ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico administrativo de la televisión*, INAP, Madrid, 1985, págs. 94-95; ENTRENA CUESTA, «El modelo económico en la Constitución Española de 1978», en *La Empresa ante la Constitución Española*, ob. cit., pág. 34, y BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 193.

así un tratamiento uniforme frente a la atomización a que puedan dar lugar sucesivas leyes singularizadas (73).

Evidentemente tal posición, teóricamente indiscutible, plantea un problema. Dicha ley general tendrá el mismo rango que la ley que opera la reserva, la cual, en base al principio de «ley posterior deroga ley anterior», podrá vaciar de contenido dicha ley general que, a la postre, no tendrá otra misión que la de ser meramente indicativa, es decir, una simple petición de principios. Dicho inconveniente hace dudar de la necesidad —incluso oportunidad— de la existencia de una ley general como la que se ha descrito.

La última cuestión a resolver en este punto es la de si la reserva al sector público debe ser realizada de forma expresa o basta con la declaración como servicio público de determinada actividad sin necesidad de puntualizar que se está reservando dicha actividad al sector público, ya que viene implícita en la declaración de la titularidad pública. Pues bien, el primer planteamiento parece excesivamente legalista, por cuanto el hecho de que la ley que reserve no aluda expresamente al artículo 128.2 CE no implica que dicha ley no cumpla con los requisitos constitucionales y, mucho menos, que no suponga realmente una publicación y exclusión del mercado de la iniciativa privada en dicho sector económico. Por tanto, no es necesario que el legislador, cada vez que aprueba una ley, invoque los preceptos constitucionales en que se basa. Además, el artículo 128.2 CE, que, como hemos visto, recoge tres posibilidades de intervención, no exige declaración expresa. Es evidente que hay reserva cuando se declara una actividad como servicio público de titularidad pública, ya se opte, bien, por su gestión indirecta; bien, por tratarse de una nacionalización, por ser gestionada en régimen monopolista por un ente jurídico, público o privado; bien, por tratarse de una estatalización, por integrarse en el aparato productivo del Estado.

Bastará para que se produzca la reserva con que se utilice una de estas técnicas de intervención sin necesidad de declarar expresamente que se está operando una reserva. Dichas técnicas llevan implícitas en sí el supuesto de reserva ya que, como se ha visto, dichas técnicas sólo tienen cabida al amparo del artículo 128.2 CE (74).

(73) BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 195.

(74) Así ha sucedido con la Ley 4/1980, reguladora del Estatuto de Radiotelevisión. El hecho de que no aluda expresamente el precepto 128.2 CE no significa que no sea éste el fundamento de la declaración como servicio público. Sobre ello, vid. CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., pág. 83. Lo mismo ha sucedido con la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre explotación unificada del sistema eléctrico nacional. Vid. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, ob. cit., pág. 117.

b) *Técnicas legislativas procedentes.*

Visto ya el alcance de la expresión «mediante ley», es el momento de ahondar en el significado de la expresión «ley» contenida en el artículo 128.2 CE. La cuestión se centra en si esta expresión se refiere a ley formal o se refiere a rango de ley? Evidentemente, dicha materia no puede ser regulada por el ejecutivo ejerciendo su potestad reglamentaria, tal y como expresamente reconoce la STC 83/1984, de 24 de julio, al afirmar que:

«El principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos. *El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador*» (cursiva nuestra).

El núcleo de la cuestión se centra en el hecho de que tal medida de intervención supone una limitación del artículo 38 de nuestra Constitución, que consagra la libertad de empresa. El hecho de estar incluido en el Título I, no implica, para cierto sector doctrinal, que tal materia no pueda ser regulada por Decreto-ley, ya que los derechos contenidos en la Sección segunda gozan de menor protección que los contenidos en la Sección primera. Así, para estos autores dicha expresión tendría el valor de rango legal. En este sentido, CHINCHILLA MARÍN cuestiona la posible interpretación en favor de que la expresión «mediante ley» excluye las normas del ejecutivo con rango de ley. En su opinión, no nos encontramos ante un problema de reserva de ley, sino de vulneración o no de los requisitos y de los límites que para la emanación de estas normas del ejecutivo con rango de ley establece la ley superior. Por ello, citando el argumento de la STC 111/1983, de 2 de diciembre, «la mención a la ley no es identificable en exclusividad con la ley en sentido formal». Para este sector

doctrinal es, pues, factible que a través de un Decreto-ley el sector público se reserve una actividad o recurso que tenga el carácter de esencial (75).

Por contra, afirmando que tal materia debe ser regulada por ley formal, nos encontramos con la opinión de otro importante sector doctrinal (76). Al respecto, el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO afirma que en el supuesto del artículo 128.2 CE no cabe acudir al sucedáneo de los Decretos-leyes previstos en el artículo 86 CE (77). La prohibición de que un Decreto-ley pueda afectar a los derechos contenidos en el Título I de la Constitución es infranqueable. Y ARIÑO ORTIZ presenta la siguiente argumentación: «Si uno compara los textos comprueba que el artículo 81, cuando exige Ley Orgánica, habla de “derechos fundamentales y libertades públicas”, que es justamente el título que reviste la Sección primera del Capítulo II; en cambio, el artículo 86, cuando prohíbe el Decreto-ley, habla de “derechos, deberes y libertades”, incluyendo así en su ámbito de prohibición un nuevo elemento, que claramente se refiere a la Sección segunda del citado Capítulo, la cual se titula precisamente “de los derechos y deberes de los ciudadanos”. Obviamente, la expresión del artículo 86.1 es más amplia que la del artículo 81» (78). Por tanto, los supuestos que el artículo 86.1 CE excepciona de su posible regulación por Decreto-ley incluyen a las «materias reservadas a ley». Su regulación, por ello mismo, queda remitida a las llamadas leyes formales, es decir, las aprobadas por las Asambleas legislativas.

Dicho argumento, sin duda, parece el más convincente ya que es el que más se identifica con la intención de los constituyentes, que no era otra sino la de reducir el ámbito de aplicación de dicha técnica legislativa (79). Pero, además, existe otro factor decisivo que obli-

(75) CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., pág. 86. Esta opinión, entre otros, es mantenida por ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español*, núm. 106 de esta REVISTA, 1984, pág. 133; DOMÍNGUEZ VILA, *Reflexiones sobre el Decreto-Ley en materia económica*, «REDA», 40-41, 1984, págs. 267 y ss.; L. SEGURA, *El control de los Decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia de 2 de diciembre de 1985*, núm. 104 de esta REVISTA, 1984, págs. 373-374, y A. ROJO, *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, ob. cit., págs. 338 y ss.

(76) Vid. J. SALAS, *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979; E. SERRA, *La empresa pública*, ob. cit., pág. 363; ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», ob. cit., pág. 164; GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, ob. cit., pág. 64, y MORILLO-VELARDE PÉREZ, «El Decreto-Ley en la Constitución y en la Jurisprudencia», en *Libro Homenaje a VILLAR PALASI*, ob. cit., pág. 841.

(77) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., págs. 251 y ss.

(78) ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, ob. cit., págs. 396-399. Este criterio es también defendido por el profesor RUBIO LLORENTE, para quien la libertad de empresa debe ser regulada por ley ordinaria, no considerando válida la técnica del Decreto-Ley. *La libertad de empresa en la Constitución*, ob. cit., pág. 33.

(79) Vid. R. PARADA VÁZQUEZ, *Expropiación legislativa y garantías jurídicas*, núms. 100-

ga a que la reserva se opere mediante ley formal. Es el hecho de que existen una serie de medidas que requieren una intervención del Parlamento, supuestos en los que la técnica del Decreto-ley no puede sustituir la intervención de las Cortes exigida por la Constitución, siendo uno de estos supuestos en que es necesaria la intervención previa del Parlamento el caso de la declaración de reservas al sector público. Evidentemente, una medida de tal dimensión y trascendencia exige un debate parlamentario previo y profundo en el que se estudien y debatan los pros y contras de tal medida (80). Por tanto, la referencia a la ley que se contiene en el artículo 128.2 CE ineludiblemente hay que entenderla como reserva absoluta de ley, ley en sentido formal, es decir, aprobada por las Cortes Generales o, en su caso, si procediera, por tratarse de una reserva de ámbito regional, por la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma.

En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de abril de 1987 (Ar. 4499), por la que se anula una disposición administrativa por vulnerar el derecho a la libertad de empresa, al imponer una práctica monopolística, considerando que toda medida restrictiva de la libre concurrencia, inherente a nuestro modelo económico,

«... sólo puede encontrar soporte adecuado y suficiente en una norma de rango legal, ley en sentido estricto según el artículo 128 de la Constitución, o votada en Cortes, en una terminología equivalente, peculiar del anterior sistema político...».

Por tanto, el Decreto-ley, a pesar de tener rango de ley, no es un instrumento legítimo para ordenar los recursos y actividades económicas. Esta parece ser, además, la opinión del Tribunal Constitucional en la discutida STC 111/1983, de 2 de diciembre (caso Rumasa), en la que, si bien admite la posibilidad de la utilización de la técnica del Decreto-ley en materia de intervención de empresas, no parece admitir que dicho planteamiento sea extrapolable al supuesto de las reservas, ello pese a estar incluidas en el mismo precepto. Así se deduce cuando el Alto Tribunal afirma:

102 de esta REVISTA, 1983, vol. II, pág. 1148. Además, como bien apunta este autor, una cosa es que un Decreto-ley afecte indirectamente a los derechos de propiedad y de libertad de empresa, y otra muy distinta que el Decreto-ley imponga su negación total.

(80) Sobre la cuestión de la necesidad de la intervención parlamentaria en ciertos asuntos de especial relevancia —como es el caso que nos ocupa—, pueden consultarse, por todos, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español*, ob. cit., pág. 133, y DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 201. Para este autor, acertadamente, tal interpretación no entorpece la programación económica global.

«Ciertamente que el primero de los citados preceptos (el artículo 38), en muy directa conexión con los otros de la misma Constitución, y muy directamente con el artículo 128 y 131, viene a configurar unos límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al establecer medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. *Pero ni se ha operado aquí una operación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios, por cuanto no se trata de actuación expropiatoria que, recayendo sobre las empresas diversas, pasan a titularidad pública, con la previsión, además, de su posible reprivatización, actuando mientras tanto la Administración como empresaria dentro del marco de la economía de mercado, ni la intervención de empresas, figura contemplada en el artículo 128.2, y legitimada constitucionalmente cuando así lo exigiere el interés general, está impedida a la acción del Decreto-Ley...*» (cursiva nuestra).

De dicha argumentación se desprende que el Tribunal admite la legitimidad de la medida del Decreto-ley por no tratarse de una operación de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios, en cuyo caso, parece deducirse, el Decreto-ley no podría operar. En dichos supuestos sería necesaria la aprobación de una ley formal (81). No tendría si no sentido la diferenciación realizada por el Tribunal Constitucional entre reservas e intervención de empresas. En este último caso sí es viable la técnica del Decreto-ley, pero no así en el supuesto de reservas al sector público.

Resuelta así esta cuestión, debemos plantearnos también si sería correcta la utilización de una Ley Orgánica o de una Delegación Legislativa para realizar una reserva de una actividad en favor del sector público.

Respecto a si la reserva de ley del artículo 128.2 CE se refiere a una Ley Orgánica, la respuesta debe ser negativa. Es evidente. Las materias reservadas a Ley Orgánica son, a tenor del artículo 81.1 de la Constitución, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, materias recogidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I. Por tanto, dado que en el supuesto de la reserva al sector público no se afecta a ninguno de los derechos

(81) La expropiación de Rumasa no constituyó un supuesto de reserva —por lo que el Alto Tribunal admite como posibilidad el uso de Decreto-ley— ya que el sector público no pretendió la gestión de la misma. En tal sentido, por todos, BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 196.

fundamentales y libertades públicas, su regulación deberá ser realizada a cargo de una ley ordinaria (82). Y en este sentido se ha pronunciado claramente nuestro Tribunal Constitucional en la STC 160/1987, de 27 de octubre:

«El Tribunal Constitucional, sin embargo, se ha pronunciado ya por el entendimiento de que los “derechos fundamentales y libertades públicas” a que se refiere el artículo 81.1 de la Norma Suprema, son los comprendidos en la Sección Primera, Capítulo Segundo, del Título I de su texto (STC 76/1983, de 5 de agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en “constituyente permanente” (STC 6/1982, de 22 de febrero)» (83).

Distinta solución debe plantearse respecto al tema de la legislación delegada. Ciertamente ha sido el tema de si un Decreto-ley puede operar la reserva del 128.2 CE, donde la doctrina ha volcado con mayor interés su investigación, no sucediendo lo mismo con relación al tema de los Decretos Legislativos, que son rechazados de antemano por inadecuados, sin justificarse tal decisión (84). La delegación recepticia, regulada en los artículos 82 a 85 CE, no puede afectar a las materias reservadas a Ley Orgánica, siendo éste su único límite material (y que no se sobrepasa al operar una reserva al sector público, por lo que se podrá considerar como una técnica correcta de re-

(82) Por todos, vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, ob. cit., pág. 3809, y SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 27-28.

(83) Resulta lógico, por cuanto la modalidad de Ley orgánica no es apropiada para efectuar una reserva porque, en primer lugar, una ley que reserve al sector público un determinado recurso o servicio podrá «afectar» a ciertos derechos fundamentales, pero no será nunca una ley de desarrollo de los mismos, es decir, una ley que regule de forma directa y frontal el contenido a que se refiere la necesidad de Ley Orgánica del artículo 81 CE; segundo, que el derecho a la libertad de empresa, atendiendo a su colocación sistemática en nuestra Constitución, no tiene la consideración de derecho fundamental y, por ello, no debe ser regulado por ley orgánica. Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1989, págs. 155-156

(84) Así, CHINCHILLA MARÍN afirma que «la delegación legislativa prevista en el artículo 82 de nuestra Constitución tiene por objeto que el Gobierno forme textos articulados sobre las bases expresadas por las Cortes o refunda en un único texto una pluralidad de leyes. Tanto la una como la otra son operaciones inadecuadas para declarar un servicio público». *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., págs. 86-87. Idéntica posición es mantenida por BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 196.

servas). La delegación es realizada por las Cortes Generales en favor del ejecutivo. Dicha delegación, previa a la actuación del ejecutivo, tiene una fundamentación eminentemente técnica. Así, al Gobierno le corresponde la labor de precisar y desarrollar unas bases o principios generales que habrán sido determinados por el legislador ordinario (85).

Como por todos es sabido, el artículo 82 de la Constitución admite que dicha delegación puede realizarse de dos maneras:

— A través de una Ley de Bases, si la delegación tiene por objeto la formación de un texto articulado. En dicho supuesto no existe ningún impedimento constitucional que imposibilite que dicha ley de bases opere una reserva de determinada actividad o recurso en favor del sector público. Una ley de bases tiene rango de ley, es ley emanada del legislativo —frente a lo que sucede en el Decreto-ley—, aprobada tras un debate parlamentario previo. Se cumplen con los requisitos constitucionales de que la reserva se realice «mediante ley» (86). Evidentemente, el texto articulado no podrá realizar una reserva si tal posibilidad no la contempla la ley de bases. Pero ello es resultado de la propia naturaleza de la delegación: no contradecir ni exceder a la ley de bases.

Por tanto, hemos de admitir la posibilidad de que la ley de bases que regula el artículo 82 de la Constitución sea un instrumento legítimo para que se produzca una reserva en favor del sector público (87).

— A través de ley ordinaria que autorice la refundición de varios textos legales en uno solo. Dicho supuesto es distinto al anteriormente planteado ya que en este caso la delegación realizada por el legislador es una mera autorización de refundición donde no se fijan principios orientadores. Por ello, es difícilmente imaginable que a través de dicha vía —si bien formalmente posible— se puede realizar una desprivatización de determinada actividad o servicio en favor del sector público. Esta técnica está prevista para

(85) Es la doctrina general, vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., págs. 272 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1988, págs. 652 y ss., y Tomás QUADRASALCEDO, «La delegación legislativa en la Constitución», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, ob. cit., págs. 357 y ss.

(86) Vid. GIMENO FELIU y TENA PIAZUELO, en *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., pág. 707.

(87) En dicho sentido, con carácter general, se expresa LÓPEZ LÓPEZ al hablar de la reserva de ley para regular el derecho de propiedad. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 99.

la refundición pero no para la innovación del ordenamiento jurídico. Por ello resulta técnicamente incompatible con la realización de una reserva.

c) *Ambito competencial.*

Por último, otro problema, también de gran trascendencia, es el de determinar la competencia para que se puedan operar reservas en favor del sector público: ¿es competencia de las Cortes Generales o pueden también las Comunidades Autónomas, dentro de su esfera competencial, operar reservas al sector público?

Para algunos autores, entre ellos los profesores ARIÑO ORTIZ y J. SALAS, la expresión «mediante ley» recogida en el artículo 128.2 CE, hace referencia exclusivamente a ley votada en Cortes Generales (88), planteamiento que a nuestro juicio es equívoco por las siguientes razones:

a) Que tanto en la fase del Congreso como del Senado, los portavoces del País Vasco solicitaron que se hiciera constatar expresamente la potestad de las Comunidades Autónomas de dictar leyes que les permitieran reservar a su sector público recursos o actividades esenciales. Se les respondió que dicha posibilidad estaba ya implícita en la redacción del precepto. Así, la expresión «mediante ley» hacía referencia tanto a una ley estatal como a una ley autonómica, interpretación que ha sido defendida por una gran parte de la doctrina (89). Por tanto, la reserva constitucional de ley no excluye a una ley de una Comunidad Autónoma. Este planteamiento resultó avalado por el Tribunal Constitucional en la STC 37/1981, de 16 de noviembre :

(88) ARIÑO ORTIZ, *Comentario a las leyes políticas. La Constitución española*, ob. cit., pág. 39; y J. SALAS, que defiende esta postura porque considera que la publicación supone una excepción al principio de libertad de empresa y porque corresponde al Estado las bases de la ordenación de la actividad económica general, así como la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Así, en su opinión, sería inconstitucional que una Ley de una Comunidad Autónoma declarase reservada al sector público (de la misma) un recurso o servicio que previamente no hubiese sido publicado por una Ley del Estado. «Energía», en *Derecho Administrativo Económico II*, La Ley, Madrid, 1991, pág. 870.

(89) «DSS», núm. 51, 7 de septiembre de 1978, pág. 2447. En la doctrina, a título enunciativo, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., pág. 299, y S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1982, pág. 490.

«El argumento que en este punto de su escrito hace el recurrente está basado en una interpretación del artículo 53.1 de la Constitución Española que identifica el concepto genérico de ley con el más restringido de ley general o ley emanada de los órganos generales del Estado (...) Una interpretación de este género vendría casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de los deberes garantizados por la Constitución» (90).

b) Además, como argumento meramente formal, cuando nuestro texto constitucional alude en otros artículos al sector público, lo matiza de estatal al referirse a los Presupuestos Generales del Estado (artículo 134.2) y a las Cuentas del Estado (artículo 136.2), mientras que para fijar la competencia general del Tribunal de Cuentas se refiere al «sector público en bloque», de todo lo cual parece que pueden existir tantos sectores públicos como entidades territoriales se encuentran constitucionalmente reconocidas (91).

c) Las Comunidades Autónomas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses (artículo 137 CE). Cabe la posibilidad de entender que ciertos recursos o servicios son esenciales, pero que dicha esencialidad se limita a los intereses de una determinada Comunidad Autónoma. En dicho supuesto, en principio, cabría admitir la posibilidad de reserva por parte de una ley autonómica en favor de su sector público. Por tanto, debe admitirse la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, mediante ley, puedan declarar como servicios públicos de su titularidad determinados sectores económicos, siempre y cuando, evidentemente, tengan recogida tal posibilidad en sus respectivos Estatutos de Autonomía (92).

(90) En relación a esta Sentencia, puede consultarse el trabajo de BASSOLS COMA, *Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia económica y el Derecho a la libertad de empresa*, «REDC», núm. 5, 1982, págs. 183 y ss.

(91) En tal sentido, BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., págs. 192 y ss. Dicho criterio aparece reflejado en los distintos Estatutos de Autonomía y en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

(92) Dicha posibilidad es admitida, entre otros, por S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 258, y SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, ob. cit., págs. 28-31. Para ellos, la expresión «mediante ley» del artículo 128.2 CE es comprensiva de las leyes autonómicas. En la práctica todos los Estatutos de Autonomía admiten esta técnica.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el campo de actuación de los poderes autonómicos es mucho más restringido que el del Estado por los siguientes motivos (93): En primer lugar, hay que tener en cuenta que cualquier ley autonómica, que en base al 128.2 CE cree un servicio público para su ámbito territorial en una materia de su competencia, afecta a la libertad de empresa en cuanto que limita la libre iniciativa de los particulares para esa actividad. Por ello, dicha ley autonómica —al igual que sucede con una ley estatal— deberá respetar el contenido esencial de la libertad de empresa, en los términos consagrados por el artículo 38 CE.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la posibilidad de que el sector económico que se publica tenga la consideración de elemento básico de la ordenación y dirección del sistema económico. En dicho caso, conforme a lo dispuesto por el artículo 149.1.13.º CE, el Estado tendrá la competencia exclusiva para dictar las bases. Y la planificación estatal tendrá carácter básico en la medida en que las decisiones adoptadas por el Estado en aquellas materias de índole económica sobre las que ostente competencias resulten verdaderamente fundamentales para llevar a cabo la política económica nacional en el marco de la unidad del orden económico que la Constitución sanciona y que, en cualquier caso, no se predetermine ni agote las posibilidades autonómicas de actuación (94). Por tanto, las posibilidades de reserva de las Comunidades Autónomas dependerán, en dichos supuestos, de la posición que adopte el Estado en relación a cada uno de los distintos sectores económicos.

En tercer lugar, la ley autonómica que proceda a declarar una reserva tendrá que ser respetuosa con el principio de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional consagrado por el artículo 139.1 de nuestra Carta Magna. Por tanto, el límite de legitimidad constitucional de una ley autonómica, que al amparo del artículo 128.2 CE reserve un servicio esencial para su Comunidad, lo marca el parámetro configurado en el artículo 139.1 CE. Así, pues, una ley autonómica sería inconstitucional si su articulado significase una modificación de las condiciones básicas en que una misma actividad o servicio es desarrollada por el resto de los ciudadanos españoles en otros territorios autónomos. Apremiar tal situación de desigualdad será tarea del Tribunal

(93) Vid. DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, ob. cit., págs. 201 y ss.

(94) Como indica la STC 192/1990, de 29 de noviembre, «no basta que una medida estatal tenga algún efecto sobre la economía o sobre el sistema productivo para entender que se trate de una medida de naturaleza económica de carácter básico». Sobre esta cuestión vid. GIMENO FELIÚ y TENA PLAZUELO, en libro col. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., págs. 726-728.

Constitucional, el cual ya fijó unos criterios de interpretación en la conocida STC 37/1981, de 16 de noviembre, al afirmar en su fundamento jurídico 2.º:

«El principio de la igualdad en derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional, que se contiene en el artículo 139.1 de la Constitución, no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones ya que, en virtud de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, nuestro ordenamiento tiene una estructura compuesta por la obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional, siempre que quede a salvo la igualdad de condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales.»

Es decir, en nuestro sistema constitucional existe un mínimo común denominador que debe ser respetado por el Estado y las Comunidades Autónomas. Tal límite implica la existencia de un marco equiparable de servicios y prestaciones públicas, dentro del cual coexisten la diversidad legislativa y administrativa propia de un Estado descentralizado (95).

Por todo ello, cabe admitir la posibilidad de que esas excepciones al derecho de libre iniciativa económica y alteración de las condiciones de vida estén justificadas en una concreta Comunidad Autónoma, en la que, debido a las circunstancias socioeconómicas en que se desarrolla dicha Comunidad, se considere necesario que se reserve determinada actividad o servicio al sector público, decisión que, evidentemente, sobrepasa el alcance de la mera discrecionalidad administrativa (96).

(95) Al respecto, pueden consultarse las excelentes monografías de BANO LEÓN, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pág. 165, y de PEMÁN GAVÍN, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 135 y ss.

(96) Así lo apuntan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, quienes, con carácter general, afirman que el legislador actúa con plena libertad, que no puede ser equiparada a la de una mera discrecionalidad administrativa, sino que supone una libertad política de configuración de contenidos normativos de un ámbito necesariamente mucho más amplio. Así sucede con la declaración de servicio público para operar una reserva, no hay discrecionalidad sino libertad política. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., pág. 145. En relación a este punto concreto sobre el servicio público puede tam-

Con todo, admitiendo dicha posibilidad a las Comunidades, hemos de ser realistas. Las expectativas de las Comunidades Autónomas en favor de una política de reservas al sector público autonómico son ciertamente escasas. Candidatos a dicha publicación autonómica serán aquellos servicios o actividades comunitarias que por su propia naturaleza se desenvuelven en el ámbito territorial concreto de una determinada Comunidad Autónoma. Para los otros servicios o actividades dicha posibilidad estará subordinada a la política estatal en dichos sectores.

En conclusión, resumiendo la problemática sobre la cuestión procedimental, podemos afirmar que una posible reserva al sector público deberá ser aprobada por una ley formal ordinaria —también Ley de Bases—, no siendo instrumento legítimo ni el Decreto-ley ni la Ley Orgánica. Esta ley podrá ser aprobada por las Cortes Generales o por las Asambleas legislativas autonómicas cuando se proceda a una reserva con alcance autonómico. Además, dicha ley, que declarará la configuración de determinada actividad como servicio público —bien para su gestión indirecta, bien por tratarse de una nacionalización—, no tiene por qué expresar su apoyo en el artículo 128.2 CE. Es algo que ya va implícito a dicha medida.

4. *La indemnización de las reservas*

Procede realizar una sencilla referencia sobre lo que, sin duda, se puede calificar como el punto más conflictivo y polémico, que no es otro sino el de la cuestión indemnizatoria, en torno a la cual se articulan las más diversas posiciones, de conformidad con el mayor o menor grado de identificación que se adopte respecto a los clásicos principios de la institución dominical.

En un extremo, sería la postura liberal, militarán todos aquellos que consideran como un despojo injusto todo lo que no sea la íntegra satisfacción a los titulares de los elementos nacionalizados de los valores reales transferidos al Estado. En el otro extremo, se encontrarían quienes estiman que este tipo de operaciones no hacen sino reestablecer unas circunstancias ilegítimamente alteradas por los propietarios. En posiciones intermedias se encuentran los que opinan que las compensaciones no podrían ser nunca absolutas, en primer lugar porque se haría inviable en términos económicos la operación nacionalizadora, en segundo lugar porque no puede alcanzar

bién consultarse el libro de VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, CEC, Madrid, 1980, págs. 77 y ss.

aquellos elementos de la propiedad que en virtud de su funcionalización social habrían pasado ya al fondo común (97). Con todo, como indica el profesor MARTÍN MATEO, las posiciones extremas son susceptibles de cierta flexibilización, puesto que ni en una postura capitalista a ultranza la nacionalización es algo distinto de una venta —coactiva, eso sí— de activos; ni los postulados socialistas son totalmente irreconciliables con una compensación, al menos parcial, de los propietarios (98).

Al margen de los posibles posicionamientos ideológicos, lo cierto es que desde el plano jurídico el punto capital en las reservas-nacionalizaciones es el de la indemnización a los particulares por esa desprivatización de sus bienes. Cada Ordenamiento constitucional adoptará una posición en torno a la susceptibilidad de una compensación, total o parcial, por la transferencia de unos bienes o actividades al sector público. A diferencia de lo que sucede con el monopolio futuro de actividades, aún no desarrolladas por los particulares, o con la incorporación al acervo público de bienes todavía no pertenecientes a patrimonios actuales, que darán lugar, a lo más, a limitaciones de la propiedad privada; las efectivas nacionalizaciones que supongan prohibiciones de actividades económicas presentes a la transferencia de patrimonios y empresas implicarán sin duda consecuencias negativas, económicamente evaluables, para los particulares afectados por tales medidas. Ante tal situación queda por dilucidar si tales consecuencias son jurídicamente relevantes, es decir, si surge un derecho a la compensación por entenderse producida una lesión para el particular equivalente al enriquecimiento obtenido por la colectividad o si, por el contrario, se niega la existencia de la lesión por implicar la reserva la derogación del orden anterior y la devolución de unos bienes y de unas actividades a la colectividad, que se suponen son indebidamente detentadas o ejercidas por manos privadas, según el fallo inapelable del pueblo.

A este respecto, ARIÑO ORTIZ considera que las razones en que se basa la no compensación por una nacionalización son deleznable y que son más sociopolíticas que jurídicas, basando dicha afirmación en el hecho de que es «un principio universalmente aceptado desde la Edad Media en las civilizaciones occidentales es el respeto de los

(97) En esta oposición se encuadra K. KATZAROV al afirmar que la inclusión junto al interés privado del interés general en la institución de la propiedad lleva consigo importantes consecuencias en el momento clave de la fijación de las indemnizaciones, en cuanto que la parte correspondiente al interés colectivo estaría ya previamente nacionalizada y, por tanto, no sería susceptible de compensación. *Théorie de la nationalisation*, Ed. De la Baconnière, Neuchatel, 1960, págs. 445 y ss.

(98) MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1973, págs. 103 y ss.

derechos adquiridos y, en especial, como paradigma de todos ellos, el derecho de propiedad válidamente constituida con arreglo a las leyes del país. Por consiguiente, toda privación de propiedad sin una compensación "adecuada, pronta y efectiva" es un acto ilícito, una confiscación» (99).

No obstante, si bien es cierto que en un Estado occidental, «civilizado», el respeto a la propiedad es un principio básico del ordenamiento, ello no significa que sea un principio de alcance universal; alcanzará únicamente a los ordenamientos jurídicos que así lo recojan (100). Por ello, cualquier otro Estado, en base a su soberanía, puede libremente concretar otra forma de organización en la que la propiedad privada no tenga razón de ser. Y ello, por sí mismo, no es deleznable.

Así, atendiendo a lo dispuesto en nuestra normativa constitucional de 1978, se comprende que en el caso de una reserva *ex novo* resulta fácil admitir que no habrá lugar a indemnización alguna, debido a que no existiría una desprivatización ni, por tanto, reducción de la titularidad patrimonial. Se estaría ante el supuesto de una adscripción originaria al sector público de una actividad o servicio en la que el sector privado no había entrado. Cuestión distinta se plantea cuando la reserva supone el cese, la reducción o la sustracción de actividades, derechos o intereses hasta entonces de carácter privado (101). En dicho caso, hay una reducción patrimonial evaluable económicamente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, debe ser resarcida, dado que dicho precepto consagra al principio indemnizatorio como elemento esencial de cualquier desprivatización (102). Así, pues, la indemnización es concebida como una au-

(99) Tales razones son: la soberanía estatal como poder omnímodo y absoluto para decidir la reglas de la organización social, la explotación capitalista de los países ricos sobre los tercermundistas, la imposibilidad de nacionalizar (especialmente en estos últimos países) si hubiera que abonar en su integridad el justo precio expropiatorio, el carácter colectivo por naturaleza de determinados bienes (minas, aguas, recursos naturales en general) sobre los cuales nadie puede consolidar derechos de propiedad plena, la necesidad de tomar en cuenta las posibilidades del Estado nacionalizador. ARIÑO ORTIZ, *La indemnización de las nacionalizaciones*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 2791 y ss.

(100) Un ejemplo reciente es la decisión del Consejo Constitucional francés, que en su resolución de 16 de enero de 1982, por la que se enjuiciaba el proyecto de ley nacionalizador, considera que, en virtud del artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la indemnización debe revestir el carácter de «justa y previa», entendiéndose por justa «la compensación del perjuicio sufrido»; y ello le lleva a declarar no conforme a la Constitución tal medida nacionalizadora por cuanto el sistema multicriterio previsto para la compensación puede producir distorsiones en la valoración, y ello contradice el derecho de propiedad, al no recibir una plena compensación.

(101) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 255.

(102) Así lo reconocen, con carácter general, ARIÑO ORTIZ, *Comentario a las leyes políticas*, ob. cit., pág. 201; GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, ob. cit., págs. 75-76; DE JUAN ASEÑO, *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 256, y LÓPEZ LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, ob. cit., págs. 172-173.

téntica *condictio iuris* que deben cumplir en todo caso los poderes públicos que pretenden llevar a cabo una desprivatización, lo cual supone la proscripción de la confiscación de bienes y derechos. Por ello, los afectados por estas medidas deben ser compensados, pues de no ser así, estarían contribuyendo a las cargas públicas de manera desigual al resto de los ciudadanos no afectados. De ahí que la indemnización suponga, además de una reparación por el sacrificio individual originado, un reparto del mismo entre la colectividad, ya que la indemnización es satisfecha generalmente —en los casos en que una Administración pública es la beneficiaria, como sucede en las reservas— con fondos procedentes del Tesoro Público.

En este mismo sentido se ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en la STC 17/1990, de 7 de febrero, al afirmar que la declaración de una actividad como servicio público, si no hay sustracción de bienes, no genera derecho a compensación salvo en el siguiente supuesto:

«en la medida en que los bienes quedan afectados por el servicio público se produce una pérdida de la libre disponibilidad de los mismos por sus propietarios, lo que, de no preverse las correspondientes compensaciones, determinará la inconstitucionalidad de tal afectación».

Dicha indemnización, obligada a tenor del artículo 33 CE, se ha dicho que debe ser justa, pronta, adecuada y efectiva (103). Pues bien, dado que la cuestión indemnizatoria es una verdadera *questio iuris* no susceptible, por tanto, de diferentes valoraciones políticas, sino plenamente sujeta a los principios de justicia que nuestro Texto Fundamental consagra en su artículo 1, y que están detalladamente elaborados por el ordenamiento, debemos analizar dichos calificativos.

Se ha comentado que la indemnización por la desprivatización debe ser justa. Esta es una exigencia constitucional que demuestra, como ha manifestado el profesor BERMEJO VERA, la importancia que nuestro ordenamiento constitucional concede al derecho de propiedad privada (104). No obstante, tal afirmación carece de contenido real dada la vaguedad conceptual en torno al contenido del término justicia. Difícilmente podremos calificar a una indemnización como justa, dado que el concepto de justicia es más un concepto filosófico

(103) Vid. ARIÑO ORTIZ, *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, ob. cit., pág. 39; ibidem, *Comentario a las leyes políticas*, ob. cit., pág. 18.

(104) BERMEJO VERA, *Análisis previo de la expropiación forzosa*, «DA», núm. 222, 1990, pág. 14.

que jurídico (105). Otro tanto sucede con el término «adecuada». En un proceso revolucionario puede parecer adecuada determinada cuantía indemnizatoria por una nacionalización, en tanto la misma, desde otra perspectiva ideológica, puede considerarse como una indemnización simbólica, encubridora de una confiscación.

Por ello, hemos de concretar y afirmar que la indemnización debe ser íntegra, completa. Se debe resarcir la totalidad de la disminución patrimonial, ya que así lo exige el artículo 33 de la Constitución. En efecto, para el artículo 33 de nuestra Carta Magna, medidas interventoras como una expropiación forzosa o como una reserva al sector público, por significar ambas una desprivatización de bienes y derechos, deberán ir acompañadas de indemnización que habrá de consistir en una compensación equivalente al valor del bien que se priva al particular. Lo que pretende el artículo 33 CE en dichos supuestos es, desde luego, una conversión de valores, ya que el sacrificio singular en que consisten estas medidas afectan exclusivamente a partes concretas de su patrimonio, no a su integridad económica, dado que ésta queda compensada con una indemnización de carácter pecuniario que debe ser igual al valor del despojo sufrido por el afectado (106).

Para avalar esta afirmación resulta conveniente la transcripción de la opinión del Tribunal Constitucional en la STC 166/1986, de 19 de diciembre, en especial el fundamento jurídico 13, respecto al *quantum* indemnizatorio al que hace referencia el artículo 33 de la Constitución española:

«En cuanto al contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término de justo precio, dicha *indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado*, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador pueda fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de

(105) El término justicia suele ser interpretado como íntegro, lo que, sin duda, es un error. Desde una óptica socialista, la desprivatización sin indemnización puede ser justa, en tanto, desde una concepción neoliberal, ese mismo supuesto se consideraría como un despojo ilegítimo, sin justificación jurídica alguna.

(106) Conversión de valores que ya existía antes de la aprobación de nuestra Constitución, tal y como destaca el Profesor MUÑOZ MACHADO, *Expropiación y jurisdicción*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pág. 25. En relación al significado de la indemnización en virtud de lo dispuesto por artículo 33.3 CE vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, págs. 267 y ss.; ARIÑO ORTIZ, *La indemnización en las nacionalizaciones*, ob. cit., págs. 2789 y ss.; ibidem, *Constitución, modelo económico y nacionalización*, ob. cit., pág. 39.

los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstos respetados, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se manifiesten desprovistos de base razonable». (cursiva nuestra).

Tal afirmación hay que encuadrarla dentro de un contexto socio-económico en el que la propiedad y la libertad de empresa son dos elementos arquitectónicos básicos, dado que el sistema económico configurado por nuestra Constitución es el de una economía social de mercado. Por ello, su respeto y defensa obligan a un resarcimiento total cuando las medidas del Estado «mutilen» dichos derechos (107), advirtiendo que, como bien ha señalado la STC 170/1989, de 19 de octubre, el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar, existiendo mutilación cuando se sobrepase el siguiente límite:

«el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del artículo 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho».

Evidentemente se deberá resarcir por todos los bienes y derechos sustraídos al sector privado, tema de fácil constatación y evaluación económica en lo que respecta a los bienes. Cuestión distinta se nos plantea con el tema de los derechos en lo que respecta al alcance de los mismos (108). Pues bien, con dicha expresión, lo que la Constitución pretende es consagrar el derecho a indemnización de todos los sacrificios en bienes y cualquier tipo de derechos, sustraídos por los poderes públicos, susceptibles de una compensación económica, siempre y cuando no estemos ante medidas delimitadoras de dere-

(107) Ciertamente, toda reserva al sector público debe ser calificada como una medida mutiladora. Esta terminología, en contraposición a intervención delimitadora —no susceptible de reparación económica dado su carácter general—, fue propuesta por A. NIETO, *Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 85 y ss.

(108) Dicha expresión «y derechos» se debe al profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, a través de una enmienda suya aprobada por unanimidad. «DSS», 29 de agosto de 1978, núm. 45, pág. 2025. Dicha intervención se encuentra recogida en el libro de L. MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Ed. Akal, Madrid, 1984, pág. 179. Nada se dice sobre el alcance de dicha expresión.

chos (109). Por tanto, tendrá que indemnizarse el valor de todo bien y derecho con valor económico, de contenido patrimonial.

En tal sentido parece expresarse el profesor J. R. PARADA VÁZQUEZ en el concreto supuesto del artículo 128.2 de la Constitución, al afirmar que deben indemnizarse todas las cesaciones del ejercicio de actividades por paso de las mismas al sector público que impliquen cierre de empresas y pérdida de clientela porque cabe la individualización del daño. En estos casos, además de la privación de los medios de producción, se priva del derecho a realizar una actividad y obtener unos beneficios. Evidentemente se le priva de un derecho que venía ejercitando, derecho que tiene un marcado contenido económico y que por ello debe ser indemnizado (110).

Y que deben indemnizarse todo tipo de derechos lo ha reconocido expresamente la STC 227/1988, de 29 de noviembre, al afirmar que

«... es claro que la garantía expropiatoria del artículo 33.3 de la Constitución alcanza tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto, como a la privación de bienes y derechos individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo, e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público». (cursiva nuestra).

Y estamos de acuerdo en que la inclusión de tales conceptos indemnizatorios dificulta en extremo medidas de tal envergadura, pero eso es lo que realmente se pretende, ya que las reservas al sector público, por su propia naturaleza, tienen carácter excepcional (111).

Por otro lado, se ha dicho que la indemnización debe ser «pronta». ¿Qué significa dicha expresión? ¿Equivale a previo pago?

(109) Vid. PÉREZ LUÑO, *Comentario Leyes políticas (art. 33)*, ob. cit., vol. III, pág. 427.

(110) En este mismo sentido se expresa, entre otros, GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, ob. cit., pág. 76. Por ello no parece aceptable la tesis de DE JUAN ASENJO, para quien la voluntad del legislador al introducir la palabra «derechos» fue la de extender la garantía de la indemnización a otros derechos similares a la propiedad —usufructo, hipoteca, etc.—. En su opinión, exigir indemnización por toda reducción del campo de libertad de empresa y propiedad privada o por todo condicionamiento que se imponga a su ejercicio equivaldrá a hacer imposible la nacionalización de sectores y la regulación de la función social de los derechos económicos individuales. DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 201.

(111) Lo cierto es que en sistemas democráticos y pluralistas las medidas nacionalizadoras han dejado de ser verdaderas opciones económicas, salvo casos excepcionales. Tal era, según indican los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, la opinión del constituyente. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., pág. 275.

Ya es sabido que entre los constituyentes se entabló una gran polémica sobre el resarcimiento o no con carácter previo de la indemnización. La expresión «previa» que figuraba en el proyecto fue al final sustituida por la palabra «mediante». ¿Cuál es el alcance de dicho cambio terminológico?

Para ciertos autores dicha modificación suponía desacralizar la regla del previo pago, que en la práctica ya no se aplicaba (112). Tal planteamiento parece ser asumido por la STC 166/1986, de 19 de diciembre, al afirmar:

«El artículo 33.3 de la Constitución no exige el previo pago de la indemnización y esto, unido a la garantía de que la expropiación se realice de conformidad a las leyes, hace que dicho artículo consienta tanto la regla del previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo por tanto inconstitucional la Ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio.»

Frente a esta opinión, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ consideran que dicha sustitución terminológica no altera lo más mínimo el significado y exigencias del precepto, pues la indemnización previa forma parte de la estructura institucional de la expropiación y constituye un «presupuesto de legitimidad» (*conditio iuris*) del ejercicio de la potestad de expropiar. Y esta opinión parece ser aceptada por la mayoría de la doctrina para la expropiación forzosa. No sucede lo mismo en el caso de medidas socializadoras o nacionalizadoras (como son las reservas), porque fue ésta la hipótesis, y no la de la expropiación forzosa ordinaria, la considerada por los grupos políticos que lograron la sustitución en el artículo 33.3 CE de la expresión clásica en nuestro Ordenamiento del «previo pago», por la más inespecífica de «mediante la correspondiente indemnización» (113).

La intención de los constituyentes al introducir dicha alteración terminológica fue, por tanto, la de justificar una excepción al previo pago cuando se aprobasen leyes que implicaran grandes transfor-

(112) Véase, por todos, R. PARADA VÁZQUEZ, «El artículo 33.3 de la Constitución y garantía expropiatoria», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, ob. cit., pág. 1296.

(113) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, ob. cit., págs 251 y 257. No obstante, como señala GARRIDO FALLA, se ha abierto un peligroso portillo que la doctrina jurídica debe contemplar con natural recelo. *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., pág. 700.

maciones de la propiedad, pues lo contrario las podría hacer inviables. En estos casos de reservas de actividades económicas se trataría más bien de una flexibilización —que no dispensa— de las reglas del previo pago dado el carácter excepcional de tales medidas (114). Tal singularidad se deriva de que toda medida socializadora-nacionalizadora se diferencia de la expropiación forzosa, siendo una de las particularidades más significativas el que en estos casos la regla de la indemnización con carácter previo puede ser matizada. Con todo, es evidente el respaldo constitucional a dicha regla del previo pago, por lo que no cabe excepcionarla con carácter ilimitado, siendo necesario justificar la necesidad de tal excepción (v. gr., urgencia).

No obstante, resulta un tanto difícil operar sobre hipótesis abstractas, por lo que habrá que estar a los supuestos de hecho concretos. Si se dan las causas que lo legitimen se podrá excepcionar la regla del previo pago. En dicho caso —al igual que ocurre con las requisas y las ocupaciones temporales— la indemnización perderá su carácter de *condictio iuris* de la desprivatización, pasando a convertirse en una deuda de reparación. Para su cálculo habrá de tenerse en cuenta tanto el valor objetivo del perjuicio en que desprivatización se ha concretado, como el del crédito —que deberá ser a corto plazo— que dicha mecánica impone (115). Tal aplazamiento, cuando existan causas objetivas que lo justifiquen, nunca podrá ser indeterminado ni incontrolable, pues en tales casos la indemnización se difuminaría, convirtiéndose en un flagrante atentado contra la seguridad jurídica, fruto de una decisión arbitraria del Estado. Así, pues, la indemnización sólo será constitucional si ésta es previa o simultánea, entendiéndose la simultaneidad dentro de un razonable margen de coincidencia en el tiempo, es decir, que debe existir una relación temporalmente directa entre el momento desprivatizador y el indemnizatorio, porque la demora supondría incumplir las funciones garantísticas de esa indemnización (116).

Cuestión aparte es la de su mecánica operativa. El carácter previo es perfectamente compatible con aquellas modalidades de pago que permitan al Estado hacer frente a sus obligaciones, tanto para con la

(114) Vid. ARIÑO ORTIZ, «Propiedad, libertad y empresa», en *La empresa en la Constitución española*, pág. 129.

(115) Este sentido, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, ob. cit., pág. 258.

(116) Así opinan ARIÑO ORTIZ, *La indemnización en las nacionalizaciones*, ob. cit., pág. 2812, y DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «El derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, ob. cit., pág. 1270.

sociedad (que puede exigir —en base al interés general— una ocupación inmediata que posibilite los fines pretendidos con tal medida «nacionalizadora»), como para con los desposeídos de sus bienes y derechos, a los que hay que reintegrar, en el menor lapso de tiempo posible, su situación patrimonial bien mediante el abono de cantidades a cuenta, bien mediante la entrega de títulos negociables —que permitan una realización inmediata de su valor por las condiciones atractivas que ofrecen—, bien por la puesta a disposición del expropiado de bienes sustitutorios de aquellos de los que se le priva. Ciertamente hay muchos mecanismos posibles con los que hacer posible el cumplimiento del requisito de previo pago (117). De hecho, el Tribunal Constitucional ha admitido como válidas (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; 17/1990, de 7 de febrero, y 149/1991, de 4 de julio) las fórmulas de compensación recogidas, por ejemplo, en la Ley de Aguas estatal de 1985, o Ley de Aguas Canarias de 1987, o la Ley de Costas de 1988, por las que se publican, respectivamente, las aguas y las costas, al considerar que «no hay contradicción entre esa demanialización y el mantenimiento de los derechos preexistentes, sino una reacomodación de esos derechos al nuevo régimen jurídico establecido. Reacomodación que se articula sobre la base de la opción que se da a sus titulares para inscribir el aprovechamiento en el correspondiente Registro administrativo, transformándose el título originario en una concesión administrativa; o para no inscribir, manteniendo en este caso el derecho en los mismos términos que regían antes de la Ley» (STC 17/90). Así, el TC admite que ante una publicación de recursos o actividades la compensación por la desprivatización puede consistir en una reacomodación del derecho de propiedad en un derecho de uso privativo por un plazo de tiempo a través de la fórmula concesional. Lo cierto es, a pesar de las críticas a esta fórmula «especial» de pago, que existe una compensación evaluable económicamente que, en teoría, puede resarcir de los perjuicios ocasionados por la medida publicadora (118).

(117) Al respecto, por todos, puede consultarse el trabajo de ARIÑO ORTIZ, *Propiedad, libertad y empresa*, ob. cit., pág. 131.

(118) Otra cosa debe predicarse de la reserva (nacionalización) de la red de alta tensión efectuada por la Ley de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional de 1984, por cuanto no ha existido «reacomodación de derechos» sino una sustracción de los mismos sin una compensación efectiva. Al respecto se muestra tajante MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: «A las empresas privadas se les otorga el papel de “comparsas” en una operación que tiene todos los visos de un negocio redondo para la Administración. En efecto, se logra la estatalización de la red de alta tensión sin pagar por ello ni un duro a quienes tenían la propiedad de su mayor parte, a cambio de hacerles accionistas de una sociedad en la que son minoritarios y pueden ser ignorados, porque siempre mandará el Estado. Es decir, la Administración ha logrado, mediante este artilugio, algo muy parecido a una expropiación sin indemnización.» *El sector eléctrico en España*, «Revista de Instituto de Estudios Económicos», núm. 4, 1991, pág. 366.

No obstante, si el Estado carece de suficientes recursos económicos que le permitan, por cualquiera de los medios enumerados, resarcir por la desprivatización de un determinado bien o sector económico, entonces deberá abstenerse de hacer uso de medidas de reservas al sector público. Tendrá que acudir a otras técnicas de dirección y control social. Así lo exige nuestro ordenamiento constitucional.

5. *Sistema de control: la función del Tribunal Constitucional*

Es ciertamente el tema de la garantía jurisdiccional, del control de la labor del legislador por un poder independiente como el judicial, uno de los de mayor relevancia y esencialidad en un sistema democrático y pluralista. Toda medida legislativa puede ser revisada por el Tribunal Constitucional para que compruebe su conformidad con el orden constitucional. No obstante, dicha afirmación plantea el problema de qué pueden controlar y revisar los Tribunales. Evidentemente, el juez constitucional sólo puede imponer al legislador aquellos conceptos que resulten perfectamente determinados o determinables en Derecho, pero no puede fiscalizar ni revisar aquellos otros que son de configuración política. En estos últimos, la determinación hecha por el Parlamento no puede ser corregida, lo contrario significaría instaurar el tan nombrado «gobierno de los jueces» (119). Ello es así porque los constituyentes emplean con harta abundancia términos y expresiones de los lenguajes políticos, coloquiales y jurídicos de significado polivalente. Obviamente, como bien advierte el profesor SANTAMARÍA PASTOR, la aplicación de estos conceptos requiere de un proceso de concreción o determinación que plantea un problema esencial: el de saber si estos conceptos poseen un contenido fijo e inamovible o si se trata de simples rótulos que el legislador puede llenar de contenido, a su libre albedrío, sin otros límites que la negación lógica absoluta del concepto (120). Pues bien, tendremos ocasión de analizar esta problemática al comentar los elementos a controlar por el Tribunal Constitucional en las operaciones de reservas al sector público.

(119) Por ello, ciertas críticas a los Tribunales Constitucionales europeos acusan a éstos de usurpar, con sus sentencias, las funciones del poder legislativo. Dicha intromisión se produce debido al inminente carácter político de ciertos preceptos constitucionales que impiden una interpretación jurídica en sentido estricto. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ob. cit., pág. 486.

(120) Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ob. cit., pág. 458.

a) *La esencialidad de los servicios o actividades económicas.*

Aquí radica uno de los principales problemas, el de qué entender por «esencial», ya que si la STC 26/1981 los define como «aquellas actividades industriales o mercantiles de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad», el Tribunal no aclara su contenido concreto moviéndose por ello la cuestión en un marco de inconcreción. Así, para ciertos autores (121) la expresión «esencial» es un concepto jurídico indeterminado cuyo significado queda remitido a las Cortes y, en último caso, al Tribunal Constitucional (122). El poder que nuestra Carta Magna atribuye al legislador para realizar reservas al sector público no es un poder arbitrario y, por ello, tal decisión se encuentra sometida al control del Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal, en virtud de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, podrá controlar y comprobar la corrección de la decisión tomada, es decir, si ésta es o no conforme a la única solución justa que resulta del concepto de servicio o recurso «esencial». Por tanto, para esta tesis, la esencialidad es un concepto jurídico indeterminado y su determinación no puede sustraerse a la problemática de los juicios de valores. Por ello, el carácter de «esencial» de un recurso o servicio se modificará a medida que los juicios de valores imperantes en la sociedad vayan evolucionando.

(121) GÓMEZ-FERRER MORANT, *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales*, ob. cit., págs. 3825-3827; CHINCHILLA MARIN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., págs. 92 y ss.; GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, ob. cit., pág. 64; ENTRENA CUESTA, *El principio de libertad de empresa*, ob. cit., pág. 164; DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, ob. cit., págs. 199 y ss.; ibidem, *Principios rectores de la empresa pública en la Constitución española de 1978*, «REDA», núm. 25, 1980, pág. 262; BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, ob. cit., págs. 186 y ss.; CAZORLA PRIETO, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española*, ob. cit., pág. 1893, y DE LA CUÉTARA Y MÉNDEZ LIMA, «Problemática de los servicios públicos locales. La calificación de los servicios esenciales de la comunidad en la legislación española», en la obra colectiva *Administración territorial del Estado (Administración local)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, vol. I, pág. 894.

(122) La categoría de los conceptos jurídicos indeterminados es una de las más importantes aportaciones de la ciencia jurídica alemana. Y, como sostiene el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, estos conceptos jurídicos indeterminados, que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda técnica jurídica y no constituyen una particularidad del derecho público. Hay pues, y esto es lo esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 171-172. Sobre esta cuestión puede consultarse la excelente monografía de SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, en especial págs. 191 y ss.

nando (123). Será labor del Parlamento expresar el sentir de la comunidad y, en último lugar, del Tribunal Constitucional —máximo garante del respeto de los principios constitucionales— comprobar si en cada caso concreto dicho sector reviste el carácter de «esencial».

Pero el problema, apuntado por BASSOLS COMA, radica, en orden a la valoración de los motivos del legislador en la declaración como esencial de determinada actividad o servicio, en hasta qué punto pueden los Tribunales Constitucionales revisar y, en su caso, subrogarse en las valoraciones que ha tenido en cuenta el legislador para decretar la reserva, en cualquiera de sus modalidades. Problema sin solución ya que, como afirma ARIÑO ORTIZ, con acierto, resulta imposible referir la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados al campo concreto de la aplicación de las cláusulas económicas constitucionales. El término «esencial» no permite, en modo alguno, una interpretación jurídica unívoca como sucede con los conceptos jurídicos indeterminados. Conduce a valoraciones políticas multívocas, siempre legítimas, de significados diferentes, aunque enmarcadas en los límites que al respecto establece nuestro sistema constitucional (124). Estamos ante un supuesto de valoración política, no de interpretación jurídica. Por ello, el Tribunal Constitucional carece de legitimidad democrática para imponer al Parlamento en qué consiste la esencialidad de una actividad o recurso para la sociedad española. El Tribunal Constitucional se encuentra limitado por el principio de la corrección funcional, según el cual el intérprete debe cuidar de respetar el esquema de estructura de poder y de distribución de funciones entre los diversos órganos y entes públicos que, explícita o implícitamente, consagra la Constitución, procurando no alterarlo con motivo de la resolución de los casos concretos. Este principio tiene por principal destinatario al Tribunal Constitucional, que deberá respetar las potestades conformadoras y de libre decisión política que corresponden al poder legislativo, sin extralimitarse en su función de control más allá de lo que la propia Constitución expresa-

(123) En opinión de CHINCHILLA MARÍN, esencialidad equivaldría a utilidad y conveniencia para la comunidad. Que sea útil y conveniente deberá determinarse a la luz de las circunstancias y datos que concurran en cada momento. Lo que resulta claro, en su opinión, es que, como concepto jurídico indeterminado, sólo puede tener una solución justa. *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., págs. 92 y 98. En este mismo sentido BASSOLS COMA afirma que la calificación de un recurso o servicio como esencial es un concepto indeterminado que implica una valoración que corresponde efectuar al legislador en cada etapa histórica en relación con los intereses económicos y sociales de la comunidad. *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 186.

(124) ARIÑO ORTIZ, *Comentario a las leyes políticas (art. 128)*, ob. cit., págs. 15 y ss.; ibidem, *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, ob. cit., págs. 33 y 34. Dicha tesis es aceptada por el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., págs. 80-84.

mente permite (125). Y así se desprende del contenido de la STC 12/1982, de 31 de marzo, donde se afirma que

«la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador».

O la más reciente STC 206/1990, de 13 de diciembre, en la que se sostiene:

«la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad».

Por tanto, la determinación del carácter esencial de un recurso o servicio está entregada al poder legislativo, y no al Tribunal Constitucional, salvo, claro está, supuestos límites que, en la realidad, difícilmente se plantearán. Solamente ante situaciones de manifiesta arbitrariedad, o bien por razones externas a la propia decisión, podría el Alto Tribunal enjuiciar y revisar tales decisiones. Por ello, el concepto de «esencialidad» es de una amplitud incontrolable. Es imposible definir *a priori* y de acuerdo con caracteres objetivos las actividades o servicios que pueden ser afectados por dicho concepto en determinado momento. En el fondo, con dicho concepto se expresa una tautología que más o menos se podría expresar así: toda actividad económica que el legislador entienda que es esencial puede ser declarada en tal sentido.

Ello es así porque toda Constitución contiene dos tipos o categorías de preceptos: unos que no dejan margen a la apreciación, que consagran derechos de los ciudadanos, que establecen procedimientos y competencias, que ofrecen garantías y reconocen principios de justicia de aplicación directa e inmediata, en relación a los cuales —tendremos ocasión de verlo— el método de interpretación jurídica y su posterior control constitucional es posible. Por contra, hay otros preceptos que sólo pueden ser objeto de una interpretación meramente política. En ellos, por razones obvias, el juicio de derecho es invariable. En este segundo tipo de preceptos el control del Tribunal

(125) Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ob. cit., pág. 495.

Constitucional no es posible, ya que ello implicaría sustituir las valoraciones políticas y crear situaciones nuevas, fruto de una distinta opinión política, función que claramente no le corresponde. El Tribunal Constitucional tiene que atenerse estrictamente a los textos y sólo puede corregir al legislador cuando éste los haya infringido manifiestamente (126). En este sentido se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, al afirmar:

«la función del legislador no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria».

Por todo ello, se puede afirmar, como ya ha expresado FAVOREAU en la doctrina francesa, que en toda medida nacionalizadora (o de reserva al sector público) existen dos diferentes tipos de normas, a efecto de su posible control constitucional: unas, de carácter objetivo, que, por no dejar apenas ningún margen de apreciación, permiten su control y fiscalización por el Tribunal Constitucional; otras que dependen de una decisión libre, casi soberana, del Parlamento. En dichos casos, la decisión del legislativo es subjetiva y, por ello, de imposible control. La determinación de la esencialidad de un recurso o servicio hay que encuadrarla dentro de este segundo tipo de normas. Su apreciación es subjetiva y, por ello, en principio, invariable el posterior control constitucional (127). Tan sólo, por tratarse de un

(126) ARIÑO ORTIZ afirma, con acierto, que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados no es trasladable a la justicia constitucional, por la sencilla razón de que estos estándares jurídico-políticos no admiten una sola interpretación justa, sino que, por contra, admiten una gama de alternativas políticas, todas igualmente constitucionales. La elaboración de principios por el Tribunal Constitucional es, en este orden, peligrosa, por cuanto las instituciones y conceptos sobre los que aquéllos dicen basarse resultan ambivalentes y sólo en sus límites extremos puede ser apreciable por el Tribunal Constitucional. De ahí que los conceptos jurídicos indeterminados de valor sólo puedan ser apreciados, esto es, determinados por el juez, cuando pertenezcan al primer tipo de normas, pero no cuando pertenezcan al segundo. El juez constitucional sólo puede imponer al legislador conceptos que resulten perfectamente determinados en Derecho, pero no puede juzgar aquellos otros que son conceptos de configuración política. En estos últimos, la determinación hecha por el Parlamento no puede ser corregida. «Constitución, modelo económico y nacionalizaciones», *ob. cit.*, págs. 36 y ss.

(127) L. FAVOREAU, *Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, «Revue Droit Public», núm. 2 de 1982, págs. 377 y ss. En dicho trabajo se comenta la ya famosa decisión del Conseil Constitutionnel de 16 de enero de 1982. Dicha decisión aparece también comentada en su libro *Nationalisations et Constitutions*, Collection

concepto de gran densidad política, será posible, como advierte M. DE VILLIERS, un control mínimo para comprobar la no existencia de un error manifiesto en la adopción de tal decisión (128).

b) *Procedimiento, competencia e indemnización.*

Es fácil entender la razón del análisis conjunto de dichos requisitos. Aquí no hay libre decisión política, las reglas de juego están precisamente delimitadas. Toda medida de reserva tendrá que realizarse exclusivamente a través de una ley, en sentido formal, por lo que en este caso el control constitucional será pleno. Si no se adopta tal forma para proceder a la reserva de determinado sector económico, ésta será inconstitucional. Otro tanto sucede con la competencia. Si la reserva tiene un alcance estatal, evidentemente, no habrá podido ser acordada por una asamblea autonómica, y viceversa. El control por el Tribunal Constitucional es también aquí pleno. Respecto a la indemnización, ya se ha señalado que ésta es una auténtica *questio iuris*, no cabe arbitrio político en su fijación. Esta, como se ha visto, debe ser íntegra y simultánea, siendo ambos requisitos plenamente fiscalizables por el Alto Tribunal. Todos ellos, procedimiento, competencia e indemnización, son requisitos de carácter objetivo y que, por ello, impiden libertad de apreciación. El control constitucional es pleno.

c) *El interés general.*

El interés general es un principio general constitucional que debe presidir cualquier medida restrictiva de los derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución. El Parlamento tiene plena liber-

Droit Public positif, Ed. Economica, París, 1982. Resulta también interesante el comentario de J. RIVERO a estas decisiones del Conseil Constitutionnel, *Ni lui, ni compris*, «AJDA», núm. 4 de 1982, número dedicado exclusivamente a las nacionalizaciones de 1982. Sobre los obstáculos políticos y jurídicos a estas medidas nacionalizadoras, así como comentando la solución del Conseil Constitutionnel, pueden consultarse los libros de Michel DURUPTY, *Les entreprises publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1986, págs. 96-117, y A. DELION et M. DURUPTY, *Les nationalisations 1982*, Ed. Economica, París, 1982. En resumen, el Conseil Constitutionnel, en su decisión de 16 de enero de 1982, admite el valor constitucional de la opción nacionalizadora, por cuanto en jurisprudencia constante se reconoce el mismo valor constitucional a las disposiciones recogidas en el Preámbulo, como sucede con el principio nacionalizador. No obstante, son necesarios dos requisitos para que la nacionalización sea legítima: existencia de necesidad pública y existencia de indemnización.

(128) M. DE VILLIERS, *Du principe des nationalisations. Controle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste*, «Revue Administrative», núm. 206, 1982, págs. 153-158.

tad política a la hora de decidir, pero salvando un límite: el respeto a la norma constitucional. Por ello, el legislativo, en sus decisiones restrictivas en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, deberá buscar una satisfacción del interés general, de tal manera que si el Poder se legitima por los intereses generales es claro que dicha legitimación, como indica Alejandro NIETO, sólo opera cuando existen tales intereses generales y fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima (129). Una reserva al sector público, por tanto, debe estar justificada en la satisfacción del «interés general» ya que se trata de una técnica especial de intervención pública de la economía, que procede utilizar cuando la gestión privada de un determinado servicio o actividad económica —ya sea en régimen de competencia, ya en situación de monopolio— entraña una amenaza latente contra el interés general; también cuando existan motivos —en base al interés general— que justifiquen que la función social de tales recursos y actividades quedaría mejor satisfecha en el caso de su control por el Estado (130).

La pregunta a resolver es la siguiente: ¿Cabe el control constitucional sobre dicho «interés general»? ¿Es una decisión política o estamos ante un concepto jurídico indeterminado? Ciertamente la cuestión es difícil (131). No obstante, la respuesta debe ser distinta a la presentada al determinar el término «esencial». Hemos de afirmar que la noción «interés general» sí es un concepto jurídico indeterminado por lo que resulta posible la fiscalización judicial a fin de valorar la razonabilidad de la misma en relación al fin propuesto (132). Así lo ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional en la STC 68/1984, de 11 de junio:

«No cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado, llamado a ser

(129) El problema radica, como destaca este autor, en que la función principal del interés general sigue siendo ideológica y, por ello, de difícil fiscalización. «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Libro Homenaje al Profesor GARCIA DE ENTERRIA*, ob. cit., pág. 2251. Sobre el papel del legislador y sus límites, por todos, GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., págs. 145-146.

(130) Por todos, ARIÑO ORTIZ, *Comentarios a las leyes políticas (art. 128)*, ob. cit., pág. 198; GÓMEZ-FERRER MORANT, *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales*, ob. cit., pág. 3831; DÍEZ MORENO, *Las directrices del Consejo Constitucional francés en materia de nacionalizaciones*, ob. cit., págs. 218-219, y DE JUAN ASEÑO, *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 195.

(131) Al respecto resulta de gran interés el estudio mencionado del Profesor Alejandro NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», ob. cit., págs. 2192 y ss.

(132) Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales*, ob. cit., pág. 3831.

aplicado a las respectivas materias, puede ser controlado, frente a posibles abusos, y *a posteriori*, por este Tribunal.»

Por tanto, existe la posibilidad de control por parte del Alto Tribunal a la hora de determinar si una reserva al sector público tenía, o no, por fin la satisfacción del interés general. En consecuencia, si no tiende a la consecución de dicho fin, dicha medida sería inconstitucional (133). Por tanto, el interés general, como principio constitucional justificador de la intervención estatal, cumple una función ideológica muy clara: la de ser cobertura indispensable en el ejercicio de todo poder estatal (134).

No obstante, hemos de remarcar el alto grado de politicidad que se acompaña a esta noción de «interés general», politicidad que si bien facilita su manejo con gran flexibilidad, no facilita, en cambio, la labor analítica del órgano jurisdiccional, con lo que, como bien afirma el profesor BERMEJO VERA, de alguna manera, «queda resentida la solución estrictamente jurídica del problema planteado» (135). Inconveniente al que se añade otro más: la dificultad de interpretación de los preceptos y principios constitucionales. Dificultad que se encuentra, en primer lugar, en el hecho de que dichas normas y principios gozan de un alto grado de generalidad e inconcreción; en segundo lugar, que dicha actividad interpretativa se ve forzada a observar una serie de principios, directrices y valores del más alto grado de abstracción que fuerzan al intérprete constitucional a tomar decisiones valorativas de las que es inseparable un cierto componente ideológico; por último, el hecho de que las cuestiones de interpretación constitucional son cuestiones de alta política en las que el juez se encuentra entre el rigor jurídico y la razón de Estado (136). Así, su única función consistirá en limitarse a buscar y constatar la existencia de ese interés general en la realidad, no pudiendo crear el contenido del interés general (137).

(133) Parece necesario que el Tribunal Constitucional deba controlar la actuación del Estado a fin de determinar si ésta es conforme a la finalidad pretendida por nuestra Constitución. Así sucede, por ejemplo, en Italia, donde la Corte Constitucional ha entrado a valorar el problema de los fines perseguidos por el legislador a fin de averiguar si éstos se adecuan a la voluntad de la Constitución. Al respecto, puede consultarse el libro de G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 265.

(134) Sobre el papel de la ideología del interés general ver el trabajo de J. CHEVALIER, «Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général», incluido en el volumen colectivo *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Ed. por PUF, vol. I, Paris, 1978, págs. 11 y ss.

(135) BERMEJO VERA, *El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional*, «RVAP», núm. 10, vol. II, 1984, pág. 106.

(136) Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos del Derecho Administrativo I*, ob. cit., pág. 490.

(137) Alejandro NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», ob. cit., pág. 2194.

Ciertamente, estamos ante importantes inconvenientes. No obstante, eso no es óbice para que podamos afirmar que el control constitucional de una decisión desprivatizadora de determinada actividad empresarial a través de su publicación mediante una reserva es posible mediante la comprobación de la justificación del interés general. Así se recoge en la STC 189/1991, de 5 de octubre —voto particular del Magistrado Rubio Llorente—, donde se afirma que la publicación sólo es posible «cuando se justifique por la necesidad de preservar unos derechos constitucionales protegidos y sea proporcionada». Evidentemente, dicho control será difícil y comprometido, y habrá que respetarse la libertad de la decisión política; pero si se demuestra la inexistencia de tal interés general, la operación de reserva deberá ser declarada como contraria a la Constitución. A su vez, existe la presunción de que el interés general aplicado por el legislador es correcto pudiendo sólo ser revisado por el Tribunal Constitucional cuando éste reúne suficientes valores de juicio como para llegar al convencimiento de que dicha aplicación no es conforme al ordenamiento jurídico constitucional (138).

Por tanto, en conclusión, existe la posibilidad de comprobar si el «interés general» era real al adoptar una medida de reserva en favor del sector público. Cabe, pues, control del Tribunal Constitucional —aunque un tanto limitado— respecto al tema concreto de la decisión de reserva en sí, no en cuanto a que dicha actividad o servicio sea o no esencial —donde la libertad política es total— pero sí respecto al punto concreto del fin a satisfacer a través de tal medida: la consecución del interés general.

Zaragoza, marzo 1994.

(138) Al respecto puede consultarse el trabajo de Silvia DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en libro col. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 195.

