

El orden económico en la Constitución española

El título de este trabajo parece dar por supuesto que nuestro texto fundamental sanciona un determinado orden económico, lo que de ser cierto implicaría que nuestra Constitución, al establecer las normas que definen la estructura y regulan el funcionamiento de la actividad económica, consagra y, por tanto, garantiza un sistema económico determinado, excluyendo y, consiguientemente, proscribiendo todos los demás sistemas.

Conviene advertir, sin embargo, ya desde el principio, que la cuestión no es en absoluto pacífica. La discusión que a este respecto se ha planteado —y que ha tenido reflejo, como en su momento veremos, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional— recuerda la sostenida en la República Federal de Alemania al interpretar los preceptos de la ley fundamental de 1949, referentes al sistema económico.

Como indica Donges, puesto que la ley fundamental «no promulga *ex-presis verbis* un sistema económico determinado, si bien contiene importantes normas reguladoras de la vida económica..., la relación entre Constitución y orden económico ha sido objeto de apasionantes controversias». En tanto que un sector sostiene que el texto de la Constitución —debido a las profundas diferencias de opinión que los constituyentes socialistas y conservadores tenían respecto al sistema más adecuado para la recuperación y desarrollo de la economía alemana— «ha evadido deliberadamente la toma de decisión sobre el orden económico», por lo que la adopción de un sistema económico determinado, por ejemplo, un sistema de economía de mercado u otro de economía planificada, dependería en cada etapa del partido político que, por contar una mayoría parlamentaria suficiente, tuviese a su cargo el gobierno del país, otra postura defiende que la ley fundamental da acogida a la economía social de mercado, modelo económico que, según los partidarios de esta tesis, satisface mejor que cualquier otro las exigencias de una democracia pluralista y con honda preocupación por la justicia social, como la establecida por la Constitución de la República Federal.

Aunque a estas alturas la discusión no ha terminado del todo, parece que va prevaleciendo la tesis, en palabras del autor citado, de que «si bien la Constitución no prevé un sistema económico determinado, es evidente que el catálogo de derechos fundamentales que reconoce (entre ellos, el de propiedad privada y el de herencia, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el de constituir las organizaciones económicas que los interesados estimen conveniente y el de elegir libremente profesión y lugar de trabajo) y, por otro lado, la cláusula de sociabilidad de la propiedad privada que sanciona (su uso debe servir al bienestar general, estando prevista su expropiación por causas de interés general, así como la nacionalización de los medios de producción), señalan el *marco* dentro del cual deberá moverse el legislador en materia económica».

De acuerdo con esta opinión intermedia, la ley fundamental no habría establecido ni garantizado un determinado orden económico, sino que simplemente habría definido un marco de principios básicos, dentro del que cabrían cuantos sistemas económicos respetasen los indicados principios.

Si he traído a colación esta controversia —perceptible también en Italia, al enjuiciar los políticos y juristas de este país el alcance del discutido título III de la primera parte de la Constitución de 1947, dedicado a las «relaciones económicas»—, es porque el caso alemán, y lo mismo podría decirse del italiano, tiene evidentes analogías con el nuestro.

En primer lugar, los partidos políticos que, a través de un proceso de consenso o compromiso, alumbraron la Constitución de 1978 guardaban entre sí, a la hora de propugnar un determinado orden económico, distancias no menos profundas que las que separaban a los constituyentes conservadores y socialistas en Alemania o a los parlamentarios de la democracia cristiana y de los partidos de izquierda en Italia. Basta recordar, a este objeto, las declaraciones que se contienen en dos documentos programáticos elaborados en momentos próximos a la aprobación de la Constitución: el XXVII Congreso del PSOE, celebrado en diciembre de 1976, y el I Congreso de UCD, que tuvo lugar en octubre de 1978. Mientras que una de las resoluciones del congreso socialista establece que «su programa y su acción van encaminados a la superación del modo de producción capitalista mediante la *toma del 'poder-político y económico y la socialización de los medios de producción, distribución y cambio por la clase trabajadora*», UCD patrocina en su congreso la igualdad «mediante la *adopción de un sistema de economía de mercado corregida y socialmente avanzada*, entendiéndose que es obligación de los poderes públicos asegurar el predominio del interés general sobre los intereses particulares, así como los servicios fundamentales propios de una sociedad moderna, y garantizar la justicia y la igualdad social». Como se ve, dos programas económicos bastante distintos.

Por otra parte, es indudable el parentesco directo de nuestra Constitución económica con las de algunos países de Europa occidental, y muy especialmente con las de Italia y Alemania. Como ha señalado Massimo Morisi,

la Constitución española de 1978 se elabora con una especial atención «a las experiencias concretas de otros ordenamientos con los que el constituyente español encontraba una mayor afinidad de estructuras socioeconómicas y culturales y con los que habían existido intercambio más intensos en ambos planos, por lo que es tangible su proximidad a los modelos constitucionales alemanes e italianos».

Teniendo en cuenta ambas circunstancias, que reflejan un acusado paralelismo de la situación española con la alemana e italiana, no debe sorprendernos que la cuestión del orden económico en nuestra Constitución de 1978 se plantee en forma problemática.

Con estas claves interpretativas, podemos ya iniciar el análisis de las disposiciones, numerosas y a veces contradictorias, por lo menos aparentemente, que la Constitución dedica al sistema económico. El elevado número de preceptos que integran nuestra Constitución económica (no menos de cuarenta artículos se refieren directamente a cuestiones económicas y sociales, de un total de ciento sesenta y nueve de que consta el texto constitucional) y la difícil compatibilidad que parece darse entre algunos de sus principios básicos son en mi opinión dos características que merecen ser destacadas en una primera aproximación al problema.

En efecto, ninguna otra Constitución occidental se ocupa con tanta profusión de la economía como la española de 1978, que le dedica, además de otras disposiciones, nada menos que todo un título (el séptimo, bajo la rúbrica de «Economía y Hacienda») y un capítulo entero de otro (el tercero del título I), en el que se formulan los que el texto constitucional califica como «principios rectores de la política social y económica».

Sin que quepa descartar otras posibles motivaciones, me parece que este hecho se explica suficientemente por la circunstancia de que nuestra Constitución fue elaborada en el momento más difícil de una de las más graves y profundas crisis jamás sufridas por las economías occidentales, que afectó a nuestro país de modo particularmente intenso y colocó a nuestra economía en una situación, literalmente, desesperada. Recordemos los datos más significativos de la crisis en el año 1977, en el que tienen lugar las primeras elecciones democráticas y se inicia el proceso constituyente. Aunque ese año el ritmo de crecimiento del producto interior bruto era aún elevado (3,3 por 100 de aumento real) y, por tanto, la cifra de paro mucho menor que la que se registraría años después (748.500 desempleados al terminar el año, lo que significaba el 5,67 por 100 de la población activa), la mayoría de los analistas económicos están de acuerdo en que el punto álgido de la actual crisis, es decir, el momento más grave de la enfermedad económica que aún hoy padecemos, coincide precisamente con los meses centrales de 1977. Ciertamente, los dos problemas más radicales de la economía española, los

dos desequilibrios fundamentales sobre los que se asientan todos los demás —me refiero a la inflación y al déficit de la *balanza* de pagos— llegan a su apogeo en el verano de 1977.

El incremento de los precios de consumo en el tercer trimestre de 1977, elevado a tasa anual, fue del 37,8 por 100, ritmo inflacionario sin precedentes en la economía española. Para comprender la gravedad del problema hay que tener presente que la inflación es el auténtico mal de males económicos, del que se derivan todos los demás: pérdida de competitividad, desequilibrio «exterior, desvalorización de la moneda, escaso ahorro e inversión, bajo ritmo de crecimiento, desempleo. No es exagerado afirmar que los 2.342.000 parados de hoy son el tributo a una inflación que no se ha conseguido todavía doblar, aunque evidentemente se ha reducido mucho con respecto a los niveles que *alcanzó* en 1977.

El día 8 de julio de ese mismo año de 1977, día en el que se acordó una fuerte devaluación de la peseta, nuestras reservas de divisas eran de 3.440 millones de dólares, el nivel más bajo, en términos corrientes, desde 1971 y, en términos reales, *quizá* el más grave desde la estabilización de 1959. Lo que el profesor Estapé, en frase feliz, ha denominado «el espectro del gasógeno» —esto es, el temor al agotamiento de las reservas y, con ello, la imposibilidad de importar petróleo— volvía a rondar nuestra economía. Para un economista político, no cabía peor mal.

En situaciones como la descrita, los problemas económicos dejan de ser simplemente económicos para pasar a convertirse en políticos, ya que su solución —o, por lo menos, su ajuste y encauzamiento— constituye una premisa básica de la estabilidad de cualquier sistema político, tanto más cuando éste, como es el caso de España, está sometido a un complicado proceso de transformación que le va a trasladar desde una larga etapa de dictadura hasta la democracia. Nada más lógico, en un coyuntura como ésta, que la economía pase a convertirse en una de las más graves preocupaciones de nuestros constituyentes, que hacen de ella la auténtica *vedette* del texto constitucional.

En momentos tan difíciles, los ciudadanos piden al Estado, antes que cualquier otra cosa, la seguridad de que serán cubiertas sus necesidades más vitales (empleo seguro, salario suficiente, precios estables, vivienda digna, educación gratuita, protección de la salud...). No puede, por ello, causar ex-trañeza que estas demandas se conviertan constitucionalmente en «derechos» de los ciudadanos o en situaciones de protección o de defensa garantizada por parte del Estado, el cual, para hacer posible su satisfacción, asume todo un haz de compromisos y deberes en el ámbito económico y social, que no siempre resultan coherentes entre sí.

Por ejemplo, cuando el artículo 40 de la Constitución establece que los poderes públicos «realizarán... de manera especial... una política orientada al pleno empleo... en el marco de una política de estabilidad económica», parece olvidar, como puso de relieve Victorio Valle al comentar el entonces proyecto de Constitución, que ese prioritario objetivo político-económico

del pleno empleo no es compatible con un grado deseable de estabilidad económica interna y externa de una economía. «El problema —añade— reviste gravedad, porque no se trata sólo de primar el objetivo del pleno empleo sobre otros objetivos de estabilidad económica. Más aún, como la experiencia próxima de la economía española y de otros países de nuestro entorno demuestra, una política de pleno empleo a ultranza genera tensiones e inestabilidades que, a la larga, pueden originar una caída en la inversión y finalmente en el propio nivel de ocupación».

Esta difícil compatibilidad de objetivos parece afectar también, como antes anticipé, incluso a los principios inspiradores del propio orden económico establecido por la Constitución.

Es sabido que de entre los tres modelos de orden económico y social que Sánchez Agesta descubre en la historia de nuestro constitucionalismo (el modelo liberal de las Constituciones del siglo xix, el casi socialista de la Constitución de 1931 y el de economía mixta, establecido después de la guerra civil y hasta la instauración de la democracia), la Constitución económica de 1978 viene a suponer una prolongación y racionalización de este último modelo, más que la redefinición de uno nuevo. Se trata, con todas las variantes y especificidades que se quiera, del sistema propio de una sociedad neo-capitalista o, si se prefiere, según la expresión hoy en uso, de un capitalismo maduro de estructura dual, cuyos polos fundamentales, la iniciativa privada y la intervención pública, a veces resultan complementarios, pero otras son antagónicos entre sí.

Así las cosas, la cuestión que debe ser objeto de análisis es determinar, de acuerdo con el esquema constitucional, cuál de los dos principios, el de iniciativa privada o el de intervención pública, deviene prioritario en caso de incompatibilidad. Este es, ni más ni menos, el problema a resolver.

Las dos principales manifestaciones del principio de iniciativa privada en nuestra Constitución están localizadas en sus artículos 33 y 38, en los que se reconoce, respectivamente, «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

Por su emplazamiento sistemático (sección segunda del capítulo segundo del título I de la Constitución), tanto uno como otro derecho, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 53, «vinculan a todos los poderes públicos» y «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio...». La intensa protección que les dispensa este último precepto explica que tanto la libertad de empresa como el derecho de propiedad privada sean tutelados por el Tribunal Constitucional en virtud del recurso de inconstitucionalidad, que puede interponerse (artículo 161.1a de la Constitución) contra las leyes y las disposiciones normativas con fuerza de ley que desconozcan la barrera infranqueable de su *contenido esencial*.

¿Cuál es el contenido esencial de estos derechos, inmune incluso al poder de reforma del legislador? Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha indicado, en su sentencia de 8 de abril de 1981, dos caminos complementarios para proceder a su determinación: el de la naturaleza jurídica del derecho —según el cual «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo...», todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trate— y el de los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho, es decir, «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos», de modo que se desconoce su 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».

Por lo que respecta al primer camino sugerido por el Tribunal Constitucional, sería difícil encontrar un derecho subjetivo cuyo tipo o estructura haya sufrido con el tiempo cambios mayores que el de propiedad. Consagrado por la revolución burguesa del siglo xix como uno de los pilares del orden económico liberal, el derecho de propiedad será calificado como un derecho fundamental, incluso sagrado, que manifiesta una esfera de autonomía del individuo frente al Estado, a cuya soberanía de algún modo pone límites, aun siendo, desde otro punto de vista, una cierta manifestación derivada de la misma. Es el «poder salvo limitaciones» que todavía puede leerse en el artículo 348 de nuestro Código civil.

No creo necesario extenderme, por ser bien conocido, en el giro conceptual sufrido a lo largo del presente siglo por este concepto del derecho de propiedad, que ha pasado a convertirse —como en nuestro Derecho demuestra la «propiedad del espacio urbano» a que se refiere el artículo 76 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 o la «propiedad del suelo rústico» definida por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973— en una situación jurídica compleja, en la que, como señala Montes, «coexisten una posición jurídica activa, de poder, y, al propio tiempo, elementos pasivos, de deber o incluso de obligación...», de cuya realización o cumplimiento llega a depender la subsistencia misma de la titularidad» del derecho.

La proclamación de la «función social» de la propiedad, que efectúa el apartado 2 del artículo 33 de la Constitución —y que, según el autor indicado, en una larga cita que no me resisto a reproducir, «inserta entre el titular del derecho y la cosa un factor de instrumentalidad, de condicionalidad, en virtud del cual la garantía y la protección constitucionales no se confieren de por sí, sino en cuanto el poder de autonomía que se ejerce en la relación jurídica de propiedad, se desarrolla según ciertas formas más o menos típicas, objetivamente determinables, que se entienden necesarias para la consecución

de una mayor utilidad colectiva, y que pueden no coincidir con el interés personal, tal y como haya sido valorado por el propio titular»—, será el término final de esta evolución.

Tras ella, más que de un derecho de propiedad, habrá que hablar de diferentes «tipos» de propiedad, cuyo contenido será determinado en cada caso por las leyes en atención a la función social objetiva de los bienes que constituyen su respectivo objeto. En relación con la propiedad agraria, así lo ha entendido ya el Tribunal Constitucional al indicar, en su sentencia de 4 de marzo de 1982, que los preceptos de la Ley de Arrendamientos Rústicos, «con los demás que constituyen el estatuto de la propiedad agraria, configuran el derecho y con ello determinan los límites dentro de los cuales podrá ejercerse dicho derecho, según la concepción que fluye del artículo 33.2 de la Constitución».

Ahora bien: aunque, de acuerdo con esta tesis, puede sostenerse que en cada situación concreta de propiedad coexisten un interés individual del propietario y un interés ajeno al mismo, que por regla general es un interés público, la protección del interés individual del propietario, esto es, la tutela de lo que constituye —de acuerdo con el segundo camino señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes transcrita para definir el contenido esencial de un derecho— el núcleo y médula de éste, deberá necesariamente comportar, si no se quiere convertir la propiedad en un *nomen vacuum*, en un simple *flatus vocis*, la concesión a su titular de un mínimo de contenido, que se identifica con la atribución al mismo, con todas las limitaciones que se quieran, de dos fundamentales poderes sobre el bien, el poder de goce y el poder de disposición.

La «función social» de la propiedad implicará que estos dos clásicos poderes —el primero concebido como competencia exclusiva para determinar, de modo independiente y autónomo, la elección del tipo de goce, y el segundo, como la expresión más intensa del goce, porque representa la realización plena del valor de cambio de las cosas— no podrán ejercitarse en forma que, de acuerdo con las leyes, se repute claramente antisocial.

Esto supuesto, la garantía constitucional de la propiedad tendrá una doble manifestación: en primer lugar, sólo las leyes pueden, y siempre con carácter general, delimitar, atendiendo a su función social, el contenido de los distintos derechos de propiedad; en segundo lugar, esa delimitación legal no puede en ningún caso sobrepasar la frontera del (ciertamente difícil de determinar) contenido esencial del derecho, y si lo hace, incurre en patente inconstitucionalidad.

En otras palabras: pese al fuerte condicionamiento que al derecho de propiedad privada impone el cumplimiento de una función social, ese derecho es reconocido por el Estado, y ello sitúa a nuestro sistema dentro de una determinada órbita político-económica y descarta que, sin alterar la Constitución, pueda ubicarse en otra.

Después de este reconocimiento, cobra pleno sentido el de la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» que efectúa el artículo 38 de la Constitución. Propiedad privada y empresa libre devienen así conceptos complementarios, manifestativos del ámbito de la iniciativa privada constitucionalmente protegido.

Si en el sistema de la codificación, la propiedad, recuerda Montes, comprendía la actividad económica como una modalidad del ejercicio del derecho (se era empresario porque se era propietario), en la economía de nuestros días la propiedad se ha convertido simplemente en «uno de los medios o instrumentos de que se sirve el titular de la actividad económica para la consecución de sus fines, o en otras palabras: en un elemento del patrimonio, explotación, hacienda o, si se quiere, empresa en sentido objetivo». Donde más claramente se ha percibido este giro es en las sociedades por acciones, cuyos titulares, individualmente considerados, carecen, como es sabido, de poder de gestión, de responsabilidad y de disponibilidad sobre la empresa, es decir, de los tres elementos que, según la concepción tradicional, configuraban la titularidad dominical.

De ahí que una completa protección del sistema económico de mercado o capitalista exigía reforzar el reconocimiento de la propiedad privada con el de la libertad de empresa, y el constituyente español lo hizo cumplidamente. Incluso lo hizo —como dice Silvio Basile— «con una claridad extraña en otros textos constitucionales», pues a diferencia de expresiones amplias y etéreas como la «iniciativa económica privada» del artículo 41 de la Constitución italiana, en el artículo 38 de la española encontramos nítidamente «la libertad de empresa» y, para mayor claridad, «en el marco de una economía de mercado». Es decir, se define un derecho subjetivo y se garantiza un sistema económico.

El derecho de que se trata, ubicado al igual que el de propiedad en la ya citada sección segunda del capítulo segundo del título I, bajo la rúbrica «De los derechos y deberes de los ciudadanos», es, por tanto, aunque afirmarlo pueda parecer tautológico, un derecho de los ciudadanos, lo que significa que la Constitución no está protegiendo, a través de la técnica ya conocida de la reserva de ley y del necesario respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, la posible actividad empresarial pública (el Estado no es, a efectos constitucionales, un ciudadano), sino tan sólo la que desarrollen los empresarios privados.

Una libertad cuyo contenido esencial —que estriba, según Ramón Entrena, en la libertad de acceso al mercado o libertad de emprender actividades económicas lícitas y en el ejercicio libre de las actividades empresariales, tanto frente a los poderes públicos como frente a los consumidores y a los trabajadores de la propia empresa— no puede resultar desconocido por efecto de los condicionamientos que al ejercicio de dicha libertad impongan los poderes públicos al tutelar, en cumplimiento de los deberes que la Constitución les asigna, los variados intereses que se sitúan en el entorno de la em-

presa (por ejemplo, participación de los trabajadores en la empresa *ex* artículo 129,2, defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios *ex* artículo 51.1, utilización racional de los recursos naturales y defensa y restauración del medio ambiente *ex* artículo 45, modernización y desarrollo de todos los sectores económicos *ex* artículo 130.1, todos ellos de la Constitución).

Pero, como ha subrayado Morisi, en la Constitución económica española, que es la correspondiente a un sistema económico capitalista de finales de los años setenta, «el reclamo explícito al mercado no significa acoger las concepciones ahistóricas de la "armonía económica", conocidas tan sólo en los mitos literarios de la concurrencia perfecta». Antes al contrario, la garantía y la protección del mercado se encomiendan significativamente en el artículo 38, el mismo precepto en que se reconoce la libertad de empresa, a los poderes públicos, cuya intervención en la economía vendrá, por lo demás, legitimada con carácter general por el principio que sienta el artículo 128.1 de la Constitución, a cuyo tenor «toda la riqueza del país en sus diferentes formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

Será, en efecto, este interés general el que justifique la *ablatio* expropiatoria o privación de los bienes y derechos «por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (artículo 33.3 de la Constitución); en función del mismo interés, «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica»; cuando dicho interés general lo exigiere, «se podrá reservar... mediante ley... al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas» (artículo 128.2); finalmente, para servir precisamente a finalidades de interés general (atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución), «el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general» (artículo 131.1).

Expropiación forzosa, creación *ex novo* de empresas públicas, reserva al sector público o nacionalización, intervención de empresas privadas y planificación son las figuras jurídicas en que se traduce la intervención pública genéricamente reclamada por la Constitución.

A diferencia de la delimitación del contenido del derecho de propiedad, efectuada con carácter general por las leyes, en atención, como ya sabemos, a la función social de las distintas categorías de bienes, la expropiación implica una privación *singular* de «bienes y derechos». La singularidad o especialidad del sacrificio explica que sólo quepa por «causa justificada de utilidad pública o interés social» y que comporte «la correspondiente indemniza-

ción», según literalmente reza el apartado 3 del artículo 33 de la Constitución.

Mientras la delimitación del contenido constituye la forma normal —y general, se insiste en ello— de operar la «funcionalización pública» del derecho de propiedad (normalidad que se traduce en el texto del artículo 33.2: «la función social... delimitará su contenido de acuerdo con las leyes»), la expropiación se presenta como una hipótesis excepcional cuya legitimidad y validez se vinculan constitucionalmente a la existencia previa primero y a la realización después de las finalidades públicas que constituyen su causa (excepcionalidad que también se manifiesta en el sentido garantista del apartado 3 del artículo 33: «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada...»). Tan excepcional y grave es el atentado que la expropiación supone al derecho de propiedad, que ha podido decirse con fundamento que «la piedra de toque para juzgar la garantía de la propiedad en un sistema jurídico es la protección contra las expropiaciones».

Desde esta^o perspectiva garantista, no pueden en Derecho merecer un juicio positivo «medidas» como la adoptada por el reciente Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los bancos y otras sociedades que componen el grupo Rumasa, S. A., convertido, con algunas modificaciones, en la Ley 7/1983, de 29 de junio, y cuya constitucionalidad ha sido declarada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983.

De entre las muchas cuestiones interesantes que la sentencia plantea, me limitaré a comentar aquí las que guardan directa relación con la materia objeto de este trabajo.

En primer lugar, la sentencia declara que la limitación establecida por el artículo 86.1 de la Constitución, según el cual los decretos-leyes «no podrán afectar... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I» (entre los que se encuentra el derecho de propiedad), «debe ser entendida de modo tal, que ni reduzca a la nada el decreto-ley..., ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I, ni dé pie para que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos».

Al aplicar esta doctrina al decreto-ley expropiatorio, la sentencia —cuyo entendimiento y comprensión no resultan nada fáciles— *parece* considerar que el contenido esencial del derecho de propiedad, de acuerdo con su configuración constitucional como «derecho subjetivo debilitado», se reduce a la llamada «garantía expropiatoria», es decir, a que su privación singular por causa de utilidad pública o interés social «se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes».

Como el decreto-ley expropiatorio, continúa la sentencia, establece un procedimiento de fijación del justiprecio y regula la expropiación en sus dos fases de declaración de utilidad pública e interés social y de necesidad de ocupación (materias ambas que no están reservadas a la ley formal ni en el

artículo 33.3 de la Constitución ni en la legislación expropiatoria general), la conclusión es que dicho decreto-ley, por no ir en contra del contenido esencial del derecho de propiedad, definido como hemos visto en términos de la llamada «garantía expropiatoria», no «afecta» a dicho derecho.

Pero esta calificación del derecho de propiedad como «derecho subjetivo debilitado», con la consecuencia de que su contenido protegido constitucionalmente sea tan sólo el derecho a obtener un equivalente económico en caso de expropiación, no puede admitirse.

La expropiación constituye, en el sistema del artículo 33 de la Constitución, un supuesto excepcional, por lo que no puede definir el contenido normal del derecho de propiedad. Cuando el apartado 1 de este precepto declara que «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia», no está formulando ninguna garantía institucional de la propiedad distinta de la supuesta garantía individual del apartado 3, en el que se reconoce el derecho a la indemnización en caso de expropiación. Aquel apartado y éste, aunque otra cosa pudieran dar a entender sus textos respectivos, definen, conjuntamente con el apartado 2 del mismo artículo, el régimen de la propiedad considerada como uno de los «derechos de los ciudadanos» y no como pieza más o menos sustancial de nuestro orden económico.

De ahí que el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad implique, en primer lugar y con carácter general, la concesión a su titular de ciertos poderes sobre la cosa, y en segundo lugar, el derecho a ser indemnizado en caso de privación singular, por causa de utilidad pública o interés social, de la misma. Limitar a este último supuesto, como hace la sentencia que comentamos, el contenido constitucional de la propiedad es tanto como hacer una caricatura de este derecho.

Consciente, sin embargo, de su heterodoxia en este punto, la sentencia subraya la singularidad del caso («la excepcionalidad de la situación creada, comprometedora de la estabilidad del sistema financiero, según el juicio de las autoridades económicas, no autoriza a compartir temores por la extensión de la técnica utilizada a otras situaciones»), en la que justifica también la quiebra de «la regla sustancial y, por lo común, general del pago como *conditio inris* del efecto transmisivo». Pero, como declara el voto particular formulado a la sentencia, no se comprende «por qué entiende (ésta) que la privación de un derecho no afecta a ese derecho», a efectos de los límites que el artículo 86.1 de la Constitución impone a los decretos-leyes.

Por lo demás, partiendo de la circunstancia de que la Ley 7/1983, en la que se convirtió el decreto-ley recurrido, no fue objeto de recurso de in-constitucionalidad, y con base en una confusa doctrina que parece otorgar a dicha ley eficacia retroactiva y convalidante de los posibles vicios del decreto-ley, la sentencia deja imprejuizadas las dos cuestiones más importantes que, en mi opinión, plantea esta expropiación legislativa: la posible falta de causa y la privación a los expropiados del derecho de reversión.

Resulta, en efecto, muy dudoso que el decreto-ley primero y la Ley

7/1983 después hayan expresado los fines públicos específicos que constituyen la causa de la expropiación. No se olvide que ésta, según el artículo 33.3 de la Constitución, no cabe sino por «*causa justificada* de utilidad pública o interés social», y ya se comprende que «garantizar la estabilidad del sistema financiero y los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y terceros» no pasa de ser una cláusula de estilo, de poca o ninguna virtualidad legitimadora y de difícil, por no decir imposible, *justificación*.

Por lo que se refiere a la privación a los expropiados del derecho de reversión —que es, en el sistema de la Ley 7/1983, una lógica consecuencia de la falta de causa en la expropiación—, la invocación que efectúa el artículo 5.3 de dicha ley de los «principios del capítulo II del título III de la Ley de Expropiación Forzosa» (en el que se regula la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad) no parece suficiente a dicho objeto. En primer lugar, porque, como declara la sentencia, esta expropiación legislativa no es «una operación con motivación y justificación sancionadora», único caso en que cabría, de acuerdo con la legislación general expropiatoria[^] una expropiación sin reversión. En segundo lugar, porque, aunque lo fuese, la denegación de la reversión sería improcedente al no haberse producido en este caso ni la previa declaración sobre el sentido del ejercicio del derecho de propiedad ni la intimación de expropiación ni el vencimiento infructuoso del plazo concedido, que constituyen los «requisitos necesarios», según la Ley de Expropiación Forzosa, para la aplicación de la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad.

Dos cuestiones trascendentales que, tarde o temprano, y normalmente a través de la vía de la «cuestión de inconstitucionalidad» que los jueces y tribunales pueden utilizar, el Tribunal Constitucional tendrá que resolver,

Al lado de esta intervención pública puntual y de corte más bien tradicional que la expropiación supone, la Constitución reconoce en sus artículos 131 y 128.2 otras técnicas interventoras de inspiración más reciente y de alcance estructural (la planificación por un lado y la creación de empresas públicas y las nacionalizaciones por otro junto a las que se regula, como medida cautelar, la intervención de empresas) cuyo ajuste con el principio de iniciativa privada reconocido por la Constitución puede resultar problemático en algún punto.

Por lo que hace a la planificación, según el apartado 1 del artículo 131 de la Constitución, el Estado, con el fin de atender a las exigencias de interés general formuladas en términos que ya conocemos, «podrá planificar la actividad económica general».

Dada la gran flexibilidad con que el precepto está redactado, tanto por lo que respecta a la procedencia de la planificación como por lo que hace a su contenido, parece indudable —aunque otra cosa se haya sostenido a partir de la relación instrumental entre la planificación y los principios rectores del artículo 40, que «no pueden dejar de vincularse, en una relación conceptualmente objetiva, a una actividad de planificación»— que estamos ante una

intervención del Estado en la economía que, además de no necesaria, en el sentido de que no es constitucionalmente debida, estará condicionada en sus técnicas de actuación, como señala Bassols, por la libertad de empresa, ya que aquéllas deberán ser compatibles con ésta. «La planificación —indica este autor— deberá garantizar el ejercicio de la libre empresa, defender su productividad y sus directivas tendrán que ser compatibles con la libre decisión empresarial, adecuadas y proporcionadas a los propios fines de la planificación según el artículo 131. Si la planificación exige la adopción de directrices coercitivas o imperativas —acaba diciendo Bassols— su imposición, para no vulnerar la libertad de empresa..., deberá tener lugar a través de la vía concertada o convencional.» Consecuencia que, como sabemos, se desprende del principio de respeto al contenido esencial de esa libertad, proclamado por el artículo 53.1 de la Constitución en términos ya conocidos por nosotros.

A la empresa pública se refiere, por su parte, el párrafo primero del artículo 128.2 de la Constitución, en el que «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica».

Aunque hayan podido suscitarse algunas dudas sobre el carácter autónomo, desde el punto de vista normativo, de dicho párrafo —en el sentido de que tal declaración «sería tan sólo la expresión genérica en la que se encerrarían los dos fenómenos concretos que se regulan a continuación de modo específico, la nacionalización de actividades económicas y la intervención de empresas», con la consecuencia de que «la iniciativa pública únicamente podría operar en cada caso concreto a través de la correspondiente ley»— la opinión mayoritaria sostiene la independencia del citado párrafo respecto del resto del apartado 2 del artículo 128, de donde deduce la consecuencia de que el primero autoriza a los poderes públicos para crear empresas públicas sin necesidad de ley y aunque no se trate de «recursos o servicios esenciales» o de «caso de monopolio».

Como señala Garrido Falla, se trata de una «habilitación para que el Estado cree *ex novo* empresas industriales y mercantiles en concurrencia con las análogas del sector privado».

La exigencia de ley en cada caso sólo sería aplicable, de acuerdo con esta interpretación, para la operación que el artículo 128.2 denomina, sin duda por mimetismo hacia el artículo 43 de la Constitución italiana, «reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio», y que es, pura y simplemente, una nacionalización o transferencia de actividades económicas del sector privado al público. En palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983, se trata de una «actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios».

Además de ser necesaria una ley en cada caso, los condicionantes de la reserva serían, según el profesor Garrido, en primer lugar, «que afecte a un tipo de bienes o riquezas ("recursos") o actividades ("servicios") que tengan carácter de "esenciales" (concepto indeterminado que pone evidentemente

muchas facultades de apreciación discrecional en manos del Parlamento y algunas en manos del Tribunal Constitucional en caso de recurso de inconstitucionalidad); en segundo lugar, que se haga «globalmente», es decir, con generalidad respecto «de la actividad o de los recursos (por ejemplo, la banca, los seguros, los hidrocarburos o la producción hullera), no de una empresa concreta, pues si ésta fuese de necesaria adquisición por razones de utilidad pública, bastaría con aplicar el procedimiento de la expropiación forzosa»; finalmente, que si implica «transferencia de bienes o servicios privados al sector público», o incluso aunque sólo suponga la prohibición del ejercicio de actividades privadas antes lícitas, debe entrañar indemnización «aunque se realice mediante ley» al amparo del artículo 3.3 de la Constitución, que garantiza a todos, en los términos antes examinados, frente a las privaciones de sus bienes y *derechos*.

De acuerdo con esta tesis, mientras que la iniciativa económica pública se hallaría en posición de igualdad con la iniciativa privada, sin límites de espacio ni de actividad a su desarrollo en el «marco de la economía de mercado», que sería el «elemento homogeneizante y el entorno necesario» en el que se desplegarían ambas iniciativas, resultaría, sin embargo, excepcional, indica Morisi —y de ahí la exigencia de una ley en cada caso— «la sustracción de áreas económicas a la dualidad ordinaria del régimen público-privado» mediante el establecimiento de zonas reservables al sector público y a las que, consiguientemente, no podría acceder el privado.

Esta tesis, sin embargo, debe ser objeto, en mi opinión, de algunas correcciones. En primer lugar, conviene matizar la supuesta exigencia constitucional de globalidad o generalidad de los recursos o servicios que sean objeto de reserva. Como bien indica Ariño, la generalidad es exigible en el caso de nacionalización de actividades, pero no necesariamente en el de empresas, supuesto en el cual la esencialidad, apreciada por la ley en un momento dado, no tiene por qué quedar referida a la totalidad de las empresas del sector. «La esencialidad en el sector bancario o en el sector eléctrico —continúa diciendo— puede referirse sólo a aquellas empresas que reúnan determinadas características de volumen, cuota de mercado, tipo de servicios que prestan y otras características similares.» La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983 parece confirmar esta opinión al hablar de «bloques de recursos o servicios». En este supuesto de reserva o nacionalización parcial de un sector, sí sería exigible, sin embargo, que los criterios nacionalizadores no fuesen discriminatorios, es decir, que contasen con una justificación objetiva y razonable.

En segundo lugar, aunque es cierto que del artículo 128.2 de la Constitución se desprende que la nacionalización o reserva al sector público de recursos o servicios esenciales exige, además de otros condicionamientos, una ley en cada caso, y que la creación *ex novo* de empresas públicas no tiene por qué comportar siempre esa exigencia, de ahí a afirmar, como hace Garrido Falla, que el Estado tiene, una vez desaparecido de la Constitución el

principio de subsidiariedad que inspiró la filosofía de los planes de desarrollo del sistema anterior, plenas facultades de iniciativa en la actividad económica para crear sin limitación empresas públicas en concurrencia con el sector privado, hay una gran diferencia.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que situar constitucionalmente la iniciativa para crear empresas públicas en el mismo plano que la libertad de empresa es tanto como igualar la protección dispensada por los artículos de la Constitución que legitiman a una y a otra, olvidando que el que autoriza la primera, el artículo 128.2, tiene en el orden constitucional un valor normativo común, mientras que el precepto que garantiza la segunda, el artículo 38, cuenta con la especial protección dispensada por el artículo 53.1, con arreglo a la técnica que ya conocemos. El Estado-empresario, recordémoslo, no puede beneficiarse del derecho a la «libertad de empresa» por la sencilla razón de que dicho derecho está reservado a los ciudadanos y el Estado no lo es.

Por otra parte, no cabe duda que una libertad ilimitada del sector público para la creación de empresas equivaldría de hecho a una colectivización del sistema económico que se habría producido sin contar siquiera con la garantía de la ley que la Constitución exige para la reserva o nacionalización de recursos o servicios esenciales y que resultaría incompatible con el contenido esencial de la libertad de empresa, al que antes me referí. El artículo 38 de la Constitución, en el que se reconoce la citada libertad, coloca en torno de la libertad de empresa y del sistema económico que la hace posible, la economía de mercado, un cinturón protector que el gobierno, por sí solo (artículo 53.1), no puede romper.

El Estado no puede, consecuentemente, crear a su antojo y sin limitación empresas públicas, lo que tampoco significa, ni mucho menos (y ahí está el párrafo primero del artículo 128.2 de la Constitución para demostrarlo), que carezca de iniciativa para hacerlo cuando así lo exija el interés público. La determinación de los supuestos en que el gobierno podría autorizar la creación de nuevas empresas públicas (por ejemplo, por razones de seguridad y defensa nacional; como garantía de la producción de bienes o de la prestación de servicios que se consideren esenciales para la colectividad, en defecto o como complemento de la iniciativa privada; en defensa de la libre competencia y del orden público económico; para lograr la presencia pública en sectores estratégicos tales como energía, materias primas y otros que así sean declarados por ley; para el fomento del desarrollo económico de territorios deprimidos...) sería una de las materias a regular por el Estatuto de la Empresa Pública, cuya urgente elaboración, tantas veces anunciada, no debería demorarse por más tiempo.

Finalmente, la prevención de que, fuera de los supuestos anteriores o de cualesquiera otros análogos o similares, la creación de empresas públicas exigiría la autorización de una ley en cada caso, permitiría hacer compatibles las exigencias de la iniciativa económica del sector público reconocida por el

artículo 128.2 de la Constitución con el contenido esencial del principio de libertad de empresa que consagra el artículo 38 del propio texto constitucional.

La presencia pública en la actividad económica se manifiesta, por último, a través de la «intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general», prevista en el último inciso del artículo 128.2 de la Constitución.

Por su propia naturaleza, es ésta una modalidad transitoria de acción pública sobre la iniciativa privada que, sin afectar a la titularidad de la empresa, produce una cierta publicación de la gestión, que puede llegar hasta la asunción misma de la administración de la empresa por el ente público de intervención.

Resulta discutible si el texto constitucional exige una ley en cada caso o si, por el contrario, lo procedente es una ley general en la que se establezcan las condiciones y requisitos que legitimen los concretos acuerdos de intervención. Esta última interpretación, que parece más acorde con la urgencia con que suele plantearse la necesidad de intervención y que tiene a su favor el precedente que supone la compleja regulación preconstitucional de la figura (contenida, con carácter general, en las leyes de 1 de septiembre y 24 de noviembre de 1939, artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículo 111 de la del Patrimonio del Estado), es la que ha prevalecido en la primera intervención acordada después de la promulgación de la Constitución y ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional. En la sentencia tantas veces citada de 2 de diciembre de 1983 declara éste que «la expresión mediante ley que utiliza el mencionado precepto, además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al decreto-ley, por cuanto la mención a la ley no es identificable en exclusividad con el de ley en sentido formal».

Por lo demás, dejando a un lado los innumerables ordenamientos sectoriales que en nuestro Derecho regulan distintas modalidades de intervención pública de las empresas incluidas en sus respectivos ámbitos normativos, hay que mencionar el régimen especial de intervención de entidades bancarias, regulado por el Real Decreto-Ley de 6 de marzo de 1978, que autoriza al Banco de España a adoptar, «cuando los hechos conocidos y la situación de una entidad bancaria así lo aconseje», drásticas medidas cautelares de intervención en la administración de la entidad, con forzada suspensión de las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas.

Desde esta perspectiva, puede ya darse respuesta a la cuestión que he planteado al comienzo de este trabajo, de si la Constitución española de 1978 ha establecido un determinado orden económico. A mi juicio, y con

todas las matizaciones que se desprenden de cuanto antecede, la respuesta es positiva.

El orden económico de la Constitución española tiene como pilar básico la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, por lo que la acción del sector público en la economía, requerida no pocas veces y con apremio por el texto constitucional, deberá siempre respetar el contenido esencial de aquella libertad. Pero no se trata, sin embargo, de un modelo rígido y definitivo, sino flexible y evolutivo, ya que, por la propia indeterminación de este último concepto (contenido esencial de la *libertad de empresa en el marco de una economía de mercado*), su interpretación siempre estará sujeta, como recuerda con valor paradigmático el artículo 3.º del Código civil, a «la realidad social del tiempo» en que debe ser aplicado.

Así lo ha venido a entender el Tribunal Constitucional en sus importantes sentencias de 16 de noviembre de 1981 y de 2 de diciembre de 1983 cuando afirma que el artículo 38 de la Constitución, «como es obvio..., en muy directa conexión con otros de la misma Constitución, y señaladamente con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad». «El mantenimiento de estos límites —continúa diciendo la primera de las dos sentencias citadas— como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el capítulo segundo del título primero de la Constitución está asegurado en ésta por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución).»

Al no determinar la Constitución —termina la sentencia de 16 de noviembre de 1981— «cuál sea ese contenido esencial de los distintos derechos y libertades, las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal, al que, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), corresponde en último término y *para cada caso concreto* llevar a cabo esa determinación».

Por tanto, la calificación de si una concreta medida de intervención pública en la economía (por ejemplo, la nacionalización de un sector) afecta o no al contenido esencial de la libertad de empresa como derecho de los ciudadanos, es una competencia indudable del Tribunal Constitucional. Sostener lo contrario, entendiendo, como hace Ariño, que en tal supuesto sólo cabría someter a control de constitucionalidad del Tribunal el «cómo» de la nacionalización (es decir, «la competencia, el procedimiento, la indemnización justa, las garantías judiciales de que se rodea»), es tanto como negar a las determinaciones constitucionales sobre el modelo económico el valor de norma jurídica y privar de carácter judicial a la función del Tribunal Constitucional, olvidando que, en palabras de García de Enterría, «la posición del Tribunal Constitucional frente a la Constitución, como parámetro de sus

sentencias, es exactamente la misma que la de cualquier otro Tribunal de Derecho ante la norma que está llamado a aplicar».

En el desarrollo de esta función de interpretación y puesto que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio» —declara por su parte la sentencia de 8 de abril de 1981—, la labor del Tribunal «no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas» salvo cuando «el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los principios hermenéuticos».

Esta conclusión —que en cierto sentido deja abierta la cuestión y no definitivamente contestada la pregunta— puede parecer insuficiente desde una concepción tradicional del Derecho, entendido como «dispensador de certezas y él mismo lleno de certidumbre, columna de mármol y tabla de bronce», según la elegante expresión de Carbonnier. Pero en los difíciles tiempos que nos ha tocado vivir, algo de seguridad, aunque no sea mucha, puede ser bastante.

V. M. O. *

* Doctor en Derecho, Abogado del Estado y Director del Instituto de Estudios Económicos.