

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA. BASES DE UN MODELO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ

*Profesor de Derecho constitucional
Universidad de Deusto*

JOSÉ RAMÓN CANEDO ARRILLAGA

*Profesor de Derecho de la Unión Europea
Universidad de Deusto*

Recibido: 04.02.2013 / Aceptado: 11.02.2013

Resumen: Este artículo trata de delimitar el contenido del concepto de Constitución económica aplicado a la Unión Europea. Una expresión que no es nueva, que ha recuperado su vigencia en los doctrinales actuales pero que es escurridizo y que es objeto de apropiación por parte de unos y otros, sin escapar a una compleja y constante evolución. Para ello se analizarán los conceptos de Constitución y Constitución económica aplicados a la realidad de la Unión Europea, todo ello desde una óptica ordoliberal. También se estudiará la inclusión de la regla de oro en el constitucionalismo europeo antes de destacar las principales reformas económicas que se han producido en el seno de la Unión. Finalmente, se hará hincapié en la necesidad de que los poderes públicos se mantengan fieles a los fundamentos de la Constitución económica europea.

Palabras clave: Constitución económica, ordoliberalismo, regla de oro.

Abstract: This article attempts to define the content of the concept of economic Constitution applied to the European Union. An expression that is not new, it has regained its relevance in the current doctrinal debates but is elusive and has become object of appropriation by each other, without escaping from a complex and constantly evolution process. In order to do so, this paper will analyze the concepts of Constitution and economic constitution applied to the reality of the European Union, taking into account an ordoliberal perspective. It will also be considered the inclusion of the “golden rule” in European constitutionalism before highlighting major economic reforms that have taken place within the Union. Finally, we will emphasize the need for public authorities remain faithful to the fundamentals of the European economic constitution.

Key words: Economic constitution, ordoliberalism, golden rule.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de Constitución aplicado a la UE. III. El concepto de Constitución económica. 1. La génesis del concepto: el ordoliberalismo. 2. El concepto jurídico. 3. La mutación del concepto. IV. El impacto del Tratado de Lisboa. V. Los cambios en marcha. 1. La inclusión de la «regla de oro» en las constituciones nacionales. A) La reforma de 2011: el nuevo artículo 135 CE. B) Sucinto análisis de la reforma española. C) Valoraciones críticas. 2. Las medidas adoptadas en el seno de la Unión. VI. Conclusiones provisionales. Notas para un debate sin fin.

I. Introducción

1. Este artículo trata de delimitar el contenido del concepto de Constitución económica aplicado a la Unión Europea. Una expresión que no es nueva, que ha recuperado su vigencia en los debates doctrinales actuales pero que es escurridizo y que es objeto de apropiación por parte de unos y otros, sin escapar a una compleja y constante evolución.

2. Para ello se analizará en primer lugar el concepto de Constitución como tal y su aplicación a la Unión Europea, para pasar después al análisis del término Constitución económica. En esa sección se profundizará en las raíces ordoliberales de esta expresión y su evolución hasta el Tratado de Lisboa. Finalmente, se hará referencia a los cambios de tipo constitucional que se están llevando a cabo tanto en los Estados miembros como en el seno de la propia Unión para hacer frente a las vicisitudes de la crisis y a las carencias del propio sistema. La conclusión fundamental a la que se llegará es que la UE ha de permanecer fiel a sus orígenes y proteger el libre mercado como el mejor sistema para garantizar la libertad y el desarrollo del ser humano.

II. El concepto de Constitución aplicado a la UE

3. El análisis y crítica de la llamada «constitución económica» de la Unión Europea, ya se trate de un estudio exhaustivo o de una primera aproximación, requiere como punto de partida, siguiendo un método de investigación honesto, plantearse el mismo concepto de «constitución»; si éste puede acaso aplicarse a la Unión Europea y qué elementos se entenderían incluidos en esta expresión.

4. La historia ha sido contada en numerosas ocasiones¹. El originario Tratado de Roma de 1957 creó un nuevo y revolucionario ordenamiento jurídico internacional cuyas características distintivas, que el Tribunal de Justicia fue cincelandando a través de los conceptos de «primacía» y el llamado «efecto directo», hicieron que se distinguiera del Derecho internacional clásico. Para el Tribunal de Justicia el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (más tarde, únicamente 'Comunidad Europea'), al que se podría añadir el muy posterior Tratado de la Unión Europea, representaban la Constitución de la Comunidad (más tarde Unión). Hoy día, tras la reforma de Lisboa, el Tratado de la Unión Europea (TUE-L), junto con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Carta de Derechos Fundamentales ocuparían ese lugar para el reformado Tribunal de Luxemburgo. Por otro lado, no hay que entender esta afirmación en el sentido de que esta 'Constitución' sea equivalente a la de uno de los Estados miembros que la componen, sino que el Tribunal considera a estos Tratados como la «constitución interna de la Comunidad»². Es decir, el Tribunal nunca pretendió por vía jurisprudencial crear un Estado europeo que viniera a sustituir a los Estados miembros, sino que buscaba simplemente constatar que los Tratados, y especialmente el viejo Tratado de la Comunidad Europea, instituían reglas de naturaleza constitucional en el sentido de que organizan

¹ La bibliografía sobre la existencia o no de una Constitución en las Comunidades, primero, y en la UE, después, es inabarcable. Entre los muchos trabajos, *vide* la colección de ensayos publicada luego como monografía en J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an emperor? And other essays on European integration*, University Press, Cambridge, 1999. Para un análisis de las distintas opiniones sobre la existencia o no de una verdadera constitución en el seno comunitario, *vide* L. I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306. Para una perspectiva más actual y muy elaborada, *vide* G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, Abingdon-New York, 2012.

² Dictamen 1/76, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure (Proyecto de Acuerdo relativo a la creación de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior)*, Dictamen del Tribunal de 26 abril 1977, *Recueil de jurisprudence*, 1977, p. 741, §§5 y 12. Sobre este dictamen, *vide* M. HARDY, «Opinion 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-making Powers of the Community», *Common Market Law Review*, Vol. 14, 1977, pp. 561-600, y T. C. HARTLEY, «International Competence of the Community», *European Law Review*, Vol. 2, 1977, pp. 275-281.

el reparto de competencias entre las instituciones, definen su mayor o menor amplitud y establecen una serie de garantías para sus destinatarios³. En este sentido, y obviando las discusiones terminológicas referentes al término ‘Constitución’, se hará hincapié en las características que, según el Tribunal, definen la Comunidad creada por los Tratados.

5. Merece la pena recordar la sentencia del caso *Los Verdes contra el Parlamento Europeo*, donde el Tribunal afirmaría que «la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho en tanto en cuanto ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de conformidad de sus actos con el tratado, que es su Carta constitucional de base»⁴. Con esta Decisión, el Tribunal no otorgó carta de nacimiento a una Comunidad de Derecho basada en una estructura de naturaleza constitucional, sino que simplemente constató su existencia, dado que al menos implícitamente, ya había hecho referencia a esta cuestión en la célebre sentencia *Van Gend en Loos*, al resaltar la naturaleza particular del Tratado que establecía la Comunidad Económica Europea⁵. Unos años más tarde, en su Dictamen sobre el Espacio Económico Europeo, caracterizaría definitivamente al Tratado CEE como «la carta constitucional de una Comunidad de Derecho»⁶. Igualmente, el TUE-L y el TFUE, junto con la Carta de Derechos, pueden ser considerados hoy día como las normas constitucionales de esta creación tan original que es la UE y que, a través de los años, ha pasado de ser una organización meramente económica a una entidad cada vez más política.

III. El concepto de Constitución económica

1. La génesis del concepto: el ordoliberalismo

6. A pesar de la evolución o mutación estatalizante, los tratados de la UE siguen teniendo una indudable vocación económica y no en balde, una gran parte de sus disposiciones se centran en la regulación de dicha actividad. Así, tiene sentido que los estudiosos de la cuestión hayan asumido la expresión «Constitución económica», que ya se utilizaba en el clásico Derecho constitucional, para referirse al «marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica» o, dicho con otras palabras, el «orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas y procesos económicos»⁷. En

³ Sobre el concepto de Constitución aplicado a los Tratados constitutivos, *vide, inter alia*, J. L. CASCAJO CASTRO, «Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 2005, pp. 89-106, J. L. CASCAJO CASTRO, «Notas para un breve ensayo sobre «Constitución e interpretación constitucional»», *Estudios de Deusto*, Vol. 51/1, 2003, pp. 81-92 y L. I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión», *op. cit.*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306 y la bibliografía allí citada.

⁴ Asunto 294/83, *Los Verdes vs. Parlamento*, Sentencia del TJ de 23 abril 1986, *Recueil de jurisprudence*, 1986, p. 1339. La bibliografía sobre esta importantísima decisión es abundante. Para un primer comentario, *vide* J. P. JACQUÉ, «Recours en annulation, campagne d’information pour l’élection du Parlement européen», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 22/3, 1986, pp. 500-511, y R. KOVAR, «Cour de Justice, 23 avril 1986, affaire C-294/83, Parti écologiste «Les Verts» contre Parlement européen», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 23/3-4, 1987, pp. 314-332.

⁵ *Vide* asunto 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Sentencia del TJCE de 5 febrero 1963, *Recueil de jurisprudence*, 1963, p. 3. Para un primer comentario de esta sentencia, *vide* S. A. RIESENFELD / R. M. BUXBAUM, «N. V. Algemene Transport- En Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration Fiscale Neerlandaise: A Pioneering Decision of the Court of Justice of the European Communities», *American Journal of International Law*, Vol. 58/1, 1964, pp. 152-159. Algo más recientemente, *vide* B. DE WITTE, «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», P. CRAIG / G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

⁶ Dictamen 1/91, sobre la *creación del Espacio Económico Europeo*, 14 diciembre 1991, *Recopilación de jurisprudencia*, 1991 p. I-06079, especialmente §21. Sobre este dictamen, *vide* D. SIMON, A. RIGAUX, «L’avis de la Cour de justice sur le projet d’accord CEE/AELE portant création de l’Espace économique européen (EEE)», *Europe*, Février 1992, pp. 1-4, y N. BURROWS, «The Risks of Widening without Deepening», *European Law Review*, Vol. 17/4, 1992, pp. 352-361.

⁷ A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho constitucional español*, 6ª ed., Publicaciones UCM, Madrid, 2010, p. 596. Igualmente, *vide* J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart, Oxford, 2002, p. 29, C. JOERGES, «What is Left of the European Economic Constitution?», *EUI Working paper Law*, No. 13, 2004, O. DEBARGE, T. GEORGIOPOULOS, O. RABAËY (eds.), *La Constitution économique de l’Union européenne. 2e Rencontres du GIEPI 12 et 13 mai 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2008 o el ya clásico S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 3ª ed., Laterza, Roma, 2007.

todo caso, el concepto de «Constitución económica» tiene su origen en el llamado «ordoliberalismo» de la escuela de Friburgo⁸. El enfoque ordoliberal no se contentaría con la simple identificación de las normas constitucionales que regulan la actividad económica, sino que se decantaría más bien en favor de una política coherente para con el buen funcionamiento de la economía en el amplio contexto del ordenamiento político y constitucional. En este sentido el ordoliberalismo defiende una teoría normativa proponiendo elementos específicos a la regulación de la economía, haciendo de la libre competencia el centro de esta teoría. El ordoliberalismo ha tenido un tremendo impacto en la política y la regulación económicas en Alemania e, igualmente, en el ámbito comunitario. Por ello, no resulta extraño que gran parte de los autores que vienen analizando el Derecho económico europeo sean de esta nacionalidad e, igualmente, según el concepto doctrinal alemán de «Constitución económica»⁹.

7. Así pues, todo análisis del término de Constitución económica debe tener en cuenta sus dos principales fuentes históricas. Por un lado, el debate que se desarrolló en la Alemania de la postguerra a propósito de su nueva Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, y si imponía o se decantaba por algún modelo económico. La segunda fuente serían los postulados ordoliberales de la escuela de Friburgo¹⁰.

8. En cuanto al primer elemento, la existencia de una Constitución económica adquiriría carta de naturaleza en Alemania con la Constitución de Weimar, cuyo articulado incluía disposiciones relativas a la economía¹¹. Algunos autores trataron de deducir del articulado constitucional que la nueva Ley Fundamental se habría inclinado por el modelo de la «economía social de mercado»¹². Y es posible que estuviera en las mentes de los constituyentes. Sin embargo, sea por la provisionalidad con la que se adoptaría la Ley Fundamental de Bonn, sea por la falta de acuerdo o por la decisión de proteger esencialmente los llamados derechos de primera, lo cierto es que el texto constitucional no acaba definiéndose por un modelo u otro¹³. Aunque en 1990 la economía social de mercado fuese entronizada como el modelo económico de la República recién reunificada, lo cierto es que el Tratado de la Creación de una Unión Monetaria, Económica y Social no tenía ni naturaleza ni fuerza constitucional¹⁴. Por si acaso, el Tribunal Constitucional alemán rechazaría pronto esta posibilidad de una opción constitucional por la economía social de mercado y optó por la «relativa apertura económica» de la Norma Fundamental¹⁵. A pesar de la falta de una declaración expresa en la Constitución germana por un determinado modelo económico,

⁸ Sobre el ordoliberalismo, que toma su nombre del anuario auspiciado por la Escuela de Friburgo (*Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*) vide el manifiesto fundacional F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH, «Unsere Aufgabe», F. BÖHM (ed.), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung. Heft 1. 'Ordnung der Wirtschaft'*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1937, pp. VII-XXI (publicado en inglés como ID., «Ordo Manifesto of 1936», A. PEACOCK / H. WILLGERODT (Eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, 1989, pp. 15-26.

⁹ J. BASEDOW, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1992, especialmente, pp. 26-53, D. J. GERBER, «Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42/1, 1994, pp. 25-84, J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 t.XXV, pp. 419-454.

¹⁰ Así, vide el excelente J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», A. VON BOGDANDY / J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 633-674 (traducción del original en alemán «Wettbewerbsverfassung - Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht», A. VON BOGDANDY (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlin, pp. 747-802) y la segunda edición de su trabajo en A. VON BOGDANDY / J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Hart/Beck, Oxford, 2011, pp. 659-698 (traducción de su homólogo alemán de 2009).

¹¹ Vide los artículos 151-165 de la Constitución de Weimar.

¹² H. C. NIPPERDEY, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Müller, Karlsruhe, 1954.

¹³ Estas cuestiones aparecen tratadas en J. J. PAPIER, «Ley Fundamental y Orden Económico», E. BENDA / W. MAIHOFFER / H. J. VÖGEL / K. HESSE / W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 561-612, especialmente, pp. 562-564.

¹⁴ P. HÄBERLE, «Soziale Marktwirtschaft als 'Dritter Weg'», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 26, 1993, pp. 383-389 y J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», *op. cit.*, p. 637.

¹⁵ Vide las decisiones del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 4, 7 (*Investitionshilfe*, 20 julio 1954), especialmente (17-19), BVerfGE 12, 354 (*Volkswagenprivatisierung*, 11 abril 1961), BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*, 1 marzo 1979), especialmente (338).

sus disposiciones prohíben modelos económicos extremos. Así, los principios propios del Estado social de Derecho (artículos 20, 23, 28, entre otros) colisionarían con un modelo económico liberal totalmente desregularizado. Por otro lado, un sistema totalmente centralizado y planificado entraría en conflicto con las garantías constitucionales relativas a la libertad individual y a la propiedad privada (artículos 2, 12, 14, entre otros). Por ello, la Constitución económica como tal no constituiría un parámetro independiente de constitucionalidad de la legislación ordinaria. No obstante, el legislador estaría especialmente obligado por los derechos de contenido económico establecidos en el capítulo I de la Ley Fundamental¹⁶.

9. Por lo que al modelo ordoliberal se refiere, la Escuela de Friburgo, liderada por un economista (Walter EUCKEN) y dos juristas (Franz BÖHM y Hans GROSSMANN-DOERTH) que sufrieron el nazismo y las dos guerras mundiales, abogó por llevar a la práctica un modelo económico más «humano»¹⁷. Así pues, estos autores pasaron del análisis económico descriptivo a la economía normativa. Estos autores defendían la necesidad de proteger la libertad individual en todos los campos, tanto en el ámbito político-social como en el ámbito económico. Partiendo de este postulado, la sociedad preferiría el sistema que más eficazmente protegiese la libertad individual de los ciudadanos frente a la dominación económica¹⁸. Como antes se avanzó, ni una economía centralizada y planificada ni tampoco un sistema totalmente desregulado responderían al mejor y más «humano» sistema económico. Situaciones de dominación económica y dependencia también pueden desarrollarse en el marco de economías de mercado a través de estructuras monopolísticas. De ello deducirían que sólo un cierto modelo económico garantizaría la libertad individual (ya reconocida formalmente en el ámbito jurídico constitucional): una economía basada en la libre competencia. Esto es, las libertades políticas no garantizan automáticamente libertad económica a todos los miembros de la sociedad. Al contrario, los agentes económicos pueden abusar de su libertad para excluir a otros competidores a través de cárteles y monopolios y, por ello, restringirían las libertades económicas de los otros actores del mercado. Por consiguiente, el fundador de la Escuela habría extrapolado el clásico problema de la libertad individual del hombre que vive en sociedad (libertad individual frente a otros y frente al Estado) desde la política hasta la economía. Al igual que HOBBS advertía de la necesidad de proteger al hombre de sí mismo, la teoría ordoliberal asume que las libertades económicas individuales han de ser protegidas frente a las tendencias dominadoras del propio ser humano también en la esfera económica. Los poderes públicos, por tanto, han de garantizar las condiciones para que un orden económico basado en la libre competencia se desarrolle y prospere, evitando siempre la tentación de dirigir los procesos económicos¹⁹.

10. Para lograr el buen funcionamiento del sistema económico basado en la libre competencia EUCKEN identificaría dos tipos de principios: constitutivos y reguladores. Los principios constitutivos (*konstituierenden Prinzipien*) tendrían la función de crear la estructura de la libre competencia, mientras que los reguladores (*regulierenden*) garantizarían el buen funcionamiento de este sistema²⁰. De los siete principios constitutivos, el fundamental, y sobre el que reposaría toda la estructura de la economía

¹⁶ Sobre esta cuestión y sobre la necesidad de tener en cuenta la legislación económica infraconstitucional para determinar el contenido de la Constitución económica, vide J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: Eine Studie Zum Privat-Und Wirtschaftsrecht Unter Berücksichtigung Gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1998, especialmente pp. 218-280.

¹⁷ La bibliografía sobre la Escuela de Friburgo es amplia, además de lo ya anotado en la cita 8, puede consultarse un resumen de sus postulados junto con una muy seleccionada bibliografía en V. J. VANBERG, «The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism», *Freiburg discussion papers on constitutional economics*, No. 04/11, 2004, disponible en <<http://hdl.handle.net/10419/4343>> (última consulta: 15.01.2013).

¹⁸ Sobre esta cuestión, vide W. EUCKEN, «Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus», *Weltwirtschaftliches Archiv*, Vol. 36/2, 1932, pp. 297-323 y W. EUCKEN, «Das ordnungspolitische Problem», *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 1, 1948, pp. 56-90.

¹⁹ W. EUCKEN, «Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung», *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 2, 1949, pp. 1-99. Sobre la relación histórica entre Estado y control de la economía, vide I. M. BEOBIDE EZPELETA / L. I. GORDILLO PÉREZ, *La naturaleza del Estado. Origen, tipología y lógica de actuación política y social*, Tecnos, Madrid, 2012.

²⁰ H. PEUKERT, «Walter Eucken (1891-1950) and the Historical School», P. KOLOSOWSKI, *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarity*, Springer, Berlin, 2000, pp. 93-145.

de mercado basada en la libre competencia, sería la existencia de un efectivo sistema de precios en un contexto de perfecta competición. Su segundo principio, la primacía del sistema monetario, hacía referencia básicamente a la estabilidad del valor de la moneda. En tercer lugar, se precisa que los mercados sean abiertos, esto es, que no existan aranceles prohibitivos ni otras restricciones al libre comercio, ni tampoco ninguna forma de medidas anticompetitivas para proteger los mercados nacionales, tales como los precios predatorios frente a posibles nuevos competidores de fuera del sistema. La garantía de la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad de los actores económicos y la continuidad de la política económica completarían la tabla de sus siete principios constitutivos²¹. Estos principios constitutivos integrarían las condiciones necesarias para la existencia de un mercado basado en la libre competencia. Sin embargo, para garantizar estarían complementados por cuatro principios reguladores. En primer lugar, se hace necesario el establecimiento de una política de defensa de la competencia que, de acuerdo con el padre del ordoliberalismo, habría de ser implementada por una agencia pública que tuviera la capacidad de disolver los monopolios o, al menos, controlar su comportamiento en los mercados. En segundo lugar, una política fiscal con un impuesto sobre la renta progresivo. Finalmente, la corrección de elementos externos (entendidos en perspectiva ecológica, EUCKEN tenía en mente la destrucción de los bosques norteamericanos) y la corrección de situaciones anómalas en el mercado laboral (necesidad de establecer un salario mínimo, por ejemplo) completaban el elenco de principios reguladores²².

2. El concepto jurídico

11. Antes se ha escrito que la Ley Fundamental de Bonn, a pesar de la intensa influencia ordoliberal, no estableció una garantía constitucional explícita relativa al sistema de libre competencia. Al contrario, la Norma guardaría silencio sobre el papel del Estado en la economía, lo que también extrañaba dados los antecedentes de la Constitución de Weimar. Sin embargo, el debate sobre el contenido de la Constitución jurídica se desarrolló (NIPPERDEY, *vide supra*) hasta que la Alta instancia de Karlsruhe puso fin al debate con una jurisprudencia muy clara en la que, al descartar un modelo económico constitucional, otorgó al mismo tiempo un gran poder de decisión al legislador para establecer el sistema económico en Alemania. Este poder, no obstante, no sería ilimitado, sino que las leyes económicas deben siempre respetar los principios propios del Estado social y los derechos fundamentales de la Constitución (esencialmente, la propiedad privada, libertad de emprender actividades económicas y profesionales, acción sindical, asociación...) ²³. Más allá de este contenido esencial de la Constitución económica, el Tribunal de Karlsruhe no invalidaría una ley del parlamento con la excusa de que ésta pudiera ser contraria a la economía social de mercado. Por tanto, cabría hablar tan sólo de una «neutralidad económica relativa» de la Ley Fundamental²⁴. En relación con la economía basada en la libre competencia, cabría concluir que la Norma rechaza los extremos (economía planificada y economía totalmente desregulada), pero acaba obligando al legislador a garantizar las condiciones del sistema de la libre competencia.

12. La Constitución económica europea, desde el punto de vista jurídico, sí que se distinguiría largamente de su homóloga germana. El Tratado fundacional de 1957 tenía una vocación eminentemente económica. En sus principios generales, el Tratado incluía una garantía explícita de que «la competencia no será falseada en el mercado interior»²⁵. Más tarde, el Tratado de Maastricht obligaría a los órganos de

²¹ Sobre los principios constitutivos, *vide* W. EUCKEN, «Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung», *op. cit.*, pp. 32-62 y W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1990, pp. 254-291.

²² Sobre los principios reguladores, *vide* W. EUCKEN, «Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung», *op. cit.*, pp. 64-83 y W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, pp. 291-312.

²³ *Vide, inter alia*, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*, 1 marzo 1979), *op. cit.*, especialmente (337).

²⁴ El *Bundesverfassungsgericht*, en su decisión *Mitbestimmung* empleó la expresión «relative wirtschaftspolitische Offenheit» [BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*, 1 marzo 1979), *op. cit.*, (338)]. Sobre esta cuestión, *vide* J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, *op. cit.*, pp. 218-229.

²⁵ Artículo 3 f) TCEE, más tarde 3.1 g) TCE y, tras Lisboa, su contenido pasa al 3.1 b) TFUE.

la Unión y a los Estados miembros a respetar el principio de «una economía de mercado abierta y de libre competencia». Este principio, enunciado en el artículo 4 TCE, ha pasado al nuevo artículo 119.1 TFUE, que abre el título dedicado a la Política económica y monetaria, nos llevaría a plantearnos si acaso el Tratado no habría definido explícitamente un modelo económico determinado para la Unión Europea.

13. El Tribunal de Justicia ha tenido distintas oportunidades de ir perfilando su posición. Así, en el caso *Echirrolles*, el Tribunal hubo de cuestionarse si una ley nacional que obliga a los editores de libros a fijar los precios de venta al público violaba el principio de «una economía de mercado abierta y de libre competencia»²⁶. El Tribunal estableció que este principio general no se aplica de manera aislada como parámetro de control de conformidad de una ley nacional con el Derecho comunitario, sino que solamente puede ser utilizado en combinación con otras disposiciones del Tratado destinadas a desarrollar este principio general²⁷. El Tribunal de Justicia no se detuvo, sin embargo, a analizar la cuestión de si este principio se aplicaría igualmente más allá de las normas del Tratado sobre la política económica y monetaria, una cuestión que cobraría la máxima importancia, habida cuenta del traslado de este principio en el nuevo artículo 119 TFUE (relativo a esta política)²⁸.

14. Además, el Tribunal de Luxemburgo tiene siempre presente que puesto que el Tratado de la Comunidad Europea fue concebido como un tratado de vocación indiscutiblemente económica, su aplicación conlleva adoptar medidas que resultan difíciles de controlar por parte del juez comunitario. Es decir, supondría para el juez realizar un control de oportunidad que pertenece, de ordinario, a las instituciones comunitarias, y sobrepasar este límite colocaría al juzgador en la posición de legislador. El TJCE se ha mostrado siempre especialmente cuidadoso con no sobrepasar este límite cuando ejerce el control de legalidad de los actos comunitarios. Así, como ya dispuso en el caso *Consten Grundig* «las competencias que ejerce la Comisión implican necesariamente adoptar apreciaciones complejas en materia económica (...) el control jurisdiccional debe respetar este carácter limitándose al examen de la materialidad de los hechos y de las calificaciones jurídicas que la Comisión ha realizado»²⁹.

15. En todo caso, el Tribunal ha negado una violación del Derecho comunitario recordando que la regulación nacional (en un caso concreto) era conforme con los principios del mercado interno, entendido incluidos las libertades fundamentales y el Derecho comunitario de la competencia³⁰. De este modo, la alta instancia de Luxemburgo ha establecido un margen de apreciación más amplio para el legislador nacional y el europeo utilizando el principio general para la interpretación de las obligaciones concretas que establece el Derecho originario.

²⁶ Asunto C-9/99, *Echirrolles Distribution SA v. Association du Dauphiné y otros*, Sentencia del TJCE de 3 octubre 2000, *Rec.* 2000 I-08207. Sobre esta decisión, *vide* D. SIMON, «CJCE C-9/99, *Echirrolles Distribution*» *Europe*, núm. 383, Décembre 2000, p. 14 y F. POLLAUD-DULIAN, «Législation nationale sur le prix du livre et objectifs du Traité CE», *La Semaine Juridique*, (II) 2001, p. 10485.

²⁷ Asunto C-9/99, *Echirrolles*, *op. cit.*, §22, donde retoma una jurisprudencia anterior del Asunto C-341/95, *Gianni Bettati v. Safety Hi-Tech Srl*, Sentencia del TJCE 14 julio 1998, *Rec.* p. I-4355 (especialmente §75). Sobre éste último caso, *vide* M. DOHERTY, «The status of the principles of EC environmental Law - Gianni Bettati against Safety High Tech», *Journal of Environmental Law*, Vol. 11/2, 1999, pp. 354-386.

²⁸ Para una postura a favor de la aplicación de este principio más allá de esta política específica, *vide* J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», *op. cit.*, p. 668.

²⁹ Asuntos acumulados 56 y 58/64, *Consten S.à.R.L. y Grundig Verkaufs GmbH v. Comisión*, Sentencia del TJCE de 13 julio 1966, *Recueil de jurisprudence*, 1966, p. 429. Sobre esta sentencia, *vide* BAARDMAN, B., «Cour de Justice, 13 juillet 1966, affaires jointes 56 et 58-64, Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 2, 1966, pp. 669-689, y SCHRANS, G., «L'application du droit communautaire des ententes économiques par la Cour de justice des Communautés européennes (affaire Grundig-Consten)», *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, Vol. 20, 1967, pp. 180-202.

³⁰ Asunto 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc y otros v. SARL «Au blé vert» y otros*, Sentencia del TJCE de 10 enero 1985, *Rec.* 1985, p. 1, especialmente §24. Sobre esta cuestión, *vide* S. B. HORNSBY, «Public and Private Resale Price Maintenance Systems in the Publishing Sector: The Need for Equal Treatment in European Law», *European Law Review*, 1985, Vol. 10, pp. 381-397, Y. GALMOT / J. BIANCARELLI, «Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 21, 1985, pp. 269-311, B. VAN DER ESCH, «The System of Undistorted Competition of Article 3(f) of the EEC Treaty and the Duty of Member States to Respect the Central Parameters Thereof», *Fordham International Law Journal*, Vol. 11/2, 1988, pp. 409-431.

16. Este enfoque caracterizaría igualmente la jurisprudencia comunitaria sobre la garantía de que «la competencia no será falseada» del antiguo artículo 3.1 g) TCE³¹. La cuestión que se plantearía, como se ha avanzado someramente *supra*, es la de saber si esta jurisprudencia se aplica también hoy teniendo en cuenta la supresión de esta garantía específica de entre los objetivos de la Unión Europea en el texto principal de los tratados y su traslado al Protocolo núm. 27 sobre el mercado interior y la competencia. El protocolo reza así:

«Las Altas Partes Contratantes, considerando que el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, han convenido en lo siguiente:

A estos efectos, la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El presente Protocolo se incorporará como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

A pesar de los temores que algunos autores mostraron respecto de la posible devaluación de este principio, recientemente, el Tribunal ha recordado «el carácter fundamental de las disposiciones del Tratado en materia de competencia y en particular las relativas a las ayudas de Estado (...), dicho carácter fundamental se desprende del artículo 3 TFUE, apartado 3, relativo al establecimiento de un mercado interior, así como del Protocolo nº 27 sobre el mercado interior y la competencia, que es, en aplicación del artículo 51 TUE, parte integrante de los tratados y en cuya virtud el mercado interior comprende un sistema que garantiza que no se falsee la competencia»³².

3. La mutación del concepto

17. De los análisis precedentes cabría destacar que a pesar de poder encontrar disposiciones constitucionales de las que se pueda inferir una opción por un modelo económico u otro (o, al menos, una preferencia o prohibición de modelos extremos, como en el caso alemán), lo cierto es que el legislador tendrá un papel muy importante en la concreción del marco jurídico esencial del orden económico. Igualmente, el juzgador deberá aplicarse importantes dosis de *self-restraint*, porque de lo contrario podría acabar definiendo el modelo económico sustituyendo a los depositarios de la voluntad general. La situación recuerda bastante al modelo español del bloque de la constitucionalidad, compleja teoría en la que para ejercer su jurisdicción y realizar el control de constitucionalidad, el Tribunal recurre no solamente al texto de la constitución, sino a una serie de normas formalmente fuera de ellas pero que acaban definiendo el canon de constitucionalidad aplicable al caso. Así, y aunque la teoría del bloque se ha aplicado en España mayoritariamente a los conflictos de competencias, una ley podría ser declarada inconstitucional por ser contraria a un parámetro de control específico integrado por la Constitución y otras leyes³³.

18. Por esta razón, muchos autores se decantan por un concepto mixto, construyendo un concepto de Constitución económica material, cuyos elementos jurídicos no estarían solamente en el texto fundamental, sino que se reserva al legislador un papel importante en la definición final del modelo (aunque

³¹ Para un análisis amplio de esta jurisprudencia, comentando numerosos casos, vide *vide* J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», *op. cit.*, pp. 664-673.

³² Asunto C-496/09, *Comisión v. Italia*, Sentencia del TJ de 17 noviembre 2011, §60, pendiente de publicación. Sobre esta sentencia, vide M. ORLANDI, «La prima ‘doppia condanna’ dell’Italia per violazione della normativa dell’Unione europea», *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2012/1, pp. 157-170.

³³ La bibliografía sobre el bloque es extensísima. Para una muestra, vide F. RUBIO LLORENTE / M. ARAGÓN REYES, «La jurisdicción constitucional», A. PREDIERI / E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La Constitución de 1978. Un estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, especialmente pp. 810-811, T. R. FERNÁNDEZ, *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981, L. FAVOREU, «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 45-68, L. FAVOREU / F. RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, 1997, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después», *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, enero-junio 2006, pp. 61-98, especialmente, pp. 65-72.

se suele obviar, también el órgano de control constitucional tendría un papel igualmente relevante)³⁴. La noción mixta forma parte de los razonamientos ordoliberales, en el sentido de que promueve la realización de una política económica integral y coherente que sea capaz de establecer y mantener un orden económico basado en la libre competencia por parte del legislador. Este concepto no buscaría tanto obligar a los jueces a controlar cada acción económica aprobada por el legislador y que se aparte del contenido de esa Constitución económica material (cuyo contenido normativo sería complejo, sus límites difusos y su aplicación quizá contraria al Estado de Derecho), sino que más bien estaríamos ante una categoría más bien neutra, es decir, que no haría alusión al modelo económico explícito. En este sentido, los seguidores de esta aproximación «mixta», definen la Constitución económica como el conjunto de disposiciones constitucionales y legales de carácter esencial, o a veces la propia ausencia de disposiciones, que regulan las relaciones fundamentales entre la Economía, el Estado y los ciudadanos³⁵. Este concepto es en esencia el utilizado por la doctrina alemana, particularmente la influida por la Escuela de Friburgo, que puede así paliar las ausencias de la Ley Fundamental de Bonn en materia económica y elevar, así, los principios del Derecho de la Competencia a la categoría «constitucional».

19. En el caso europeo, aunque la regulación económica sea mucho más profusa en el TFUE (de lo que lo es en una Constitución nacional), la noción mixta de Constitución económica permite así tener también en cuenta tanto las normas económicas aprobadas como Derecho derivado como los Derechos de los Estados miembros. De hecho, los principios de Derecho económico más importantes no están solamente recogidos en las fuentes de Derecho primario. El Derecho secundario ha añadido normas que a menudo resultan esenciales para el funcionamiento del mercado interior. Por ejemplo, el marco jurídico esencial de la libre circulación de servicios, en este momento, no estaría solamente condicionado por las disposiciones del TFUE y las resoluciones correspondientes del Tribunal de Justicia, sino que hay que tener en cuenta la conocida como «Directiva de servicios»³⁶. Igualmente el reglamento comunitario de concentraciones juega un papel esencial en el ámbito de la protección de la libre competencia, rol que no es menos importante que el que desempeñan las prohibiciones de ententes restrictivas y el abuso de posiciones dominantes reguladas en los artículos 101 y 102 TFUE³⁷. El Derecho de la UE no regula todas las cuestiones esenciales del Derecho económico, pero llega incluso a utilizar al Derecho nacional, sobre todo en el contexto de la armonización de leyes nacionales, para establecer el mercado interior y completar el orden económico europeo. A modo de ejemplo, basta pensar en las normas que sancionan la competencia desleal que contribuyen a mantener un sistema de competencia no falseado en el mercado interior, pero que solamente está integrado por un número limitado de Directivas, siendo el Derecho

³⁴ Vide J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *op. cit.*, especialmente, pp. 426-429.

³⁵ W. FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, Beck, Munich, 1983, Vol. II, p. 24

³⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *Diario Oficial* L 376 de 27 diciembre 2006. A este respecto, resulta de gran interés la Comunicación de la Comisión de 27 de enero de 2011 denominada *Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de servicios*, COM(2011) 20 final, de 27 enero 2011 (no publicada en el Diario Oficial). Sobre esta importantísima norma, vide, entre otros trabajos, C. BARNARD, «Unravelling the services Directive», *Common Market Law Review*, Vol. 45/2, 2008, pp. 323-394, K. PEGLOW, «La libre prestación de servicios dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 44/1, 2008, pp. 67-118, P. STAIKOURAS, «The Conundrum of the Market Abuse Directive Preventative Measures for EU Financial Services' Integration: In Search of Equilibrium between Market Integrity Enhancement and Undue Regulatory Encumbrance», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35/4, 2008, pp. 351-373, H. DE WAELE, «The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A Challenge for the European and the National Legal Orders», *European Public Law*, Vol. 15/4, 2009, pp. 523-531, J. SIRINELLI, «La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 2011/4, pp. 883-919.

³⁷ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), *Diario Oficial* L 24 de 29 enero 2004. Sobre las concentraciones, vide A. L. CALVO CARAVACA / N. GOÑI URRIZA, *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, BOE, Madrid, 1999, D. TZOUGANATOS, «EC Merger Regulation 139/04: The Substantive Issues», *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, Vol. 69/4, 2005, pp. 746-760 y M. ROSENTHAL / S. THOMAS, *European Merger Control*, Beck/Hart, Oxford, 2010, especialmente interesante para nuestro análisis, pp. 1-20.

nacional el que ha de transponer estas regulaciones³⁸. Así pues, la Constitución económica europea tendría un carácter mixto, estaría integrada por elementos de Derecho primario, de Derecho secundario e incluso por los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

IV. El impacto del Tratado de Lisboa

20. Uno de los aspectos que resulta siempre de interés para los constitucionalistas es el efecto jurídico real que tienen los principios enunciados en los textos constitucionales. En el caso de la Constitución española, la cuestión se complica, ya que hay una variada tipología de principios (los del Estado de Derecho -9.3 CE-, el de igualdad -14 CE- por una lado o los principios rectores de la política social y económica, por ejemplo), valores superiores del ordenamiento o fundamentos del orden político y la paz social. No es este el lugar adecuado para disertar sobre esta cuestión³⁹. Interesa, sin embargo, centrarse en la jerarquía de los objetivos establecida en los Tratados y en la relación existente entre los instrumentos jurídicos más específicos de los Tratados y estos objetivos (antes y después de Lisboa).

21. En el TCE los objetivos y las normas operativas estaban estructurados en tres niveles. En el nivel superior, el artículo 2 enunciaba las distintas finalidades que perseguía la Comunidad, incluyendo «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros». Este artículo no expresaba los instrumentos jurídicos que permitirían llevar a cabo estos objetivos tan genéricos, por lo que tiene la calidad de principio general. En un nivel intermedio, el artículo 3 TCE aportaba mayor precisión enunciando las políticas de la Comunidad. Desde el punto de vista de la Constitución económica, los instrumentos más importantes serían el establecimiento y la garantía del mercado interior (caracterizado por la realización de las cuatro libertades fundamentales, artículo 3.1 d) y la garantía de que la competencia no sería falseada en el mercado interior (artículo 3.1 g). Igualmente, desde el Tratado de Maastricht, habría que mencionar el objetivo del establecimiento de una Unión económica y monetaria (enunciado en el artículo 2 y precisado en el artículo 4 TCE). En el nivel inferior, encontraríamos las normas operativas, especialmente la regulación específica de las libertades fundamentales y la política de armonización en lo que se refiere al establecimiento del mercado interior y las normas de la política de la competencia en los artículos 81 a 97 del TCE⁴⁰.

22. En el caso de la garantía de una competencia no falseada, el Tratado no le acordó el estatuto de un fin en sí mismo, sino que servía a la realización de los objetivos contenidos en el artículo 2. Podría

³⁸ Vide, entre otras, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), *Diario Oficial* L 149 de 11 junio 2005. Sobre la competencia desleal tras Lisboa, vide, A. PEUKERT, «Der Wandel der europäischen Wirtschaftsverfassung im Spiegel des Sekundärrechts Erläutert am Beispiel des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb», *ZHR: Zeitschrift für Wirtschafts- und Handelsrecht*, Vol. 173/4, 2009, pp. 536-574, G. ANAGNOSTARAS, «The Unfair Commercial Practices Directive in context: from legal disparity to legal complexity?», *Common Market Law Review*, Vol. 47/1, 2010, pp. 147-171 y B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Hart, Oxford, 2011, especialmente pp. 139-224 que tratan la transposición por parte de los Estados miembros y las técnicas de armonización.

³⁹ La bibliografía es muy amplia. Como muestra, y en castellano, vide L. PAREJO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, F. RUBIO LORENTE (Dir.), *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997 o A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona.: Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁴⁰ D. VAUGHAN / S. LEE / B. KENNELLY / P. RICHES, *EU Competition Law: General Principles*, University Press, Oxford, 2006.

concluirse que los Estados fundadores esperaban de la política de la libre competencia ventajas económicas diversas que irían más allá de simples criterios de eficiencia económica y bienestar del consumidor que hoy, por lo demás, aparecen a veces como objetivos exclusivos del Derecho de la competencia. Lo importante es que los Estados fundadores adoptaron una decisión constituyente fundamental a favor del modelo de la libre competencia. En cuanto al empleo, un nivel de protección social elevado o la competitividad de las economías europeas (artículo 2 TCE), el artículo 3.1 g) que garantiza una competencia no falseada, clarifica que la realización de los objetivos del artículo 2 pasa por una política de defensa de la competencia más que por una política que pretenda proteger las grandes empresas nacionales contra la competencia. Una política industrial proteccionista sólo podría conservar el empleo a corto plazo, mientras que la política de la competencia provoca efectos mucho más duraderos⁴¹.

23. Desde el punto de vista del Tribunal de Justicia, la política de la libre competencia no puede ser relativizada por otras consideraciones políticas que presuntamente busquen realizar los objetivos del artículo 2. Así, en el caso *Europemballage Corporation y Continental*, el Tribunal dictaminó que la garantía de que la libre competencia no será falseada en el mercado interior exige que la competencia no sea eliminada, que esta exigencia es tan esencial que sin ella numerosas disposiciones del tratado carecerían de significado, que, además, responde a los imperativos del artículo 2 y que las posibles limitaciones de la competencia que el Tratado admite muy excepcionalmente encuentran su límite en los artículos 2 y 3 del Tratado⁴². Así pues la protección de la libre competencia es fundamental para garantizar los objetivos del artículo 2. Las excepciones solo serían válidas en la medida en que las normas operativas de la competencias, como las del antiguo artículo 81.2 TCE, lo permitieran. La garantía de la libre competencia impediría que el modelo competitivo pudiese ser excepcionado simplemente haciendo referencia a que se pretendían alcanzar los objetivos del artículo 2. A través de este estatuto superior, el Tratado respondería a las exigencias doctrinales de los ordoliberales que propugnaban la necesidad de tener garantías constitucionales que salvaguardasen el modelo de la libre competencia contra el poder discrecional de mayorías políticas coyunturales.

24. Sin embargo, la situación parece haber cambiado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Las normas operativas de Derecho material siguen estando en el articulado y no han cambiado. No obstante, el nuevo Tratado ha reformulado las disposiciones sobre los objetivos de la Unión Europea. Las modificaciones incluyen, en primer lugar, una transferencia de todas las disposiciones sobre los objetivos del TUE. En segundo lugar, con el nuevo artículo 2 TUE-L aparece una nueva disposición que coloca «los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías» por encima de los objetivos de carácter económico. En tercer lugar, los objetivos más bien económicos del antiguo artículo 2 TCE han sido recolocados en el artículo 3.3 TUE-L. Finalmente, el antiguo artículo 3 TCE ha desaparecido. Mientras que en lo que respecta al mercado interior, el artículo 3.3. TUE-L lo coloca aún en la primera posición de entre los objetivos de tipo económico, la garantía de la competencia no falseada ha desaparecido de las disposiciones relativas a los objetivos de la Unión.

25. La adopción de una disposición sobre los valores marca una etapa importante en la evolución del Derecho de la UE hacia una unión política cada vez más real y una auténtica Constitución. En este sentido, dicho desarrollo casa bien con la teoría ordoliberal. El nuevo artículo 2 TUE-L permite

⁴¹ J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *op. cit.*, p. 438.

⁴² Asunto 6/72, *Europemballage Corporation y Continental Can v. Comisión*, Sentencia del TJCE 21 febrero 1973, *Rec.* 1973, p. 215, §24. Sobre esta sentencia *vide* J. DE RICHEMONT, «Concentrations et abus de positions dominantes - Article 86 du traité de Rome», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 1973/3, pp. 463-491, S. NERI, «Le contrôle des concentrations dans le traité CEE», *Cahiers de droit européen*, Vol. 9, 1973 pp. 339-353, R. S. SINGLEY, «Abuse of a Dominant Position by Acquisition in the Common Market: The Continental Can Cases (Commission and Court of Justice of the European Communities, 1972 and 1973)», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 12, 1973, pp. 359-386, J. D. HURWITZ, «The Impact of the Continental Can Case on Combinations and Concentrations within the Common Market», *Hastings Law Journal*, Vol. 25, 1973-74, pp. 469-517, J. VANDAMME, «L'arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du traité CEE», *Cahiers de droit européen*, Vol. 10, 1974, pp. 112-126.

poner de relieve los estrechos vínculos existentes entre la regulación económica y la libertad individual, política y económica, así como la propia dignidad humana. Resta por ver la aplicación de la Carta de derechos cuyas disposiciones expresan directamente los derechos y libertades fundamentales. La cuestión que se plantea en relación con la Constitución económica europea es la de saber si el Tribunal de Justicia aplicará también la Carta para desarrollar el Derecho económico⁴³.

V. Los cambios en marcha

26. La Unión parece estar en una permanente metamorfosis de su modelo económico condicionada por la fortísima crisis económica y financiera global, que se ha añadido a su tradicional institucional (legitimidad democrática, la tensión entre el modelo comunitario y el mero intergubernamentalismo...) y su crisis de identidad permanente (con la amenaza de una posible salida del Reino Unido en el horizonte). La inestabilidad de los mercados financieros, los ataques de especuladores a las deudas de algunos países disparó todas las alarmas y se iniciaron una serie de reformas que pretendían no tanto cambiar el modelo económico, como evitar ciertas catástrofes financieras de algunos países y, por extensión, de toda la Unión. La complejidad de los procesos de decisión, lo excesivamente técnico de las reformas y la superposición de medidas (algunas desfasadas antes de ser ratificadas) en función, además, de los índices bursátiles, hace muy difícil la comprensión de la llamada «gobernanza económica» de la Unión, y convierte cualquier intento de análisis de hacia dónde va el modelo en un ejercicio no ya de prestidigitación, sino de temeridad. Los únicos análisis válidos son los día, no hay tiempo de consolidar una reflexión seria dado que no existe estabilidad, los artículos científicos se quedan anticuados al poco de ser enviados a las redacciones de las revistas y todos miramos, lo entendamos o no, a nuestro particular calendario zaragozano de la economía que es la prima de riesgo diaria. En todo caso, quizá merezca la pena, mencionar algunos cambios importantes que se están produciendo y que afectan y condicionan a la Constitución económica, tal y como aquí la hemos analizado. Entre ellos estarían las reformas constitucionales nacionales tendentes a limitar el déficit y a lograr la estabilidad presupuestaria, los mecanismos comunitarios para ayudar a los Estados en situaciones económicas comprometidas o las últimas medidas fiscales, entre otros.

1. La inclusión de la «regla de oro» en las constituciones nacionales

27. La cumbre francoalemana del 16 de agosto de 2011 ha ratificado la idea de la adopción por parte de los países de la zona Euro, antes del final de 2012, de una norma constitucional que imponga la limitación de los déficit públicos y la vuelta al equilibrio presupuestario de las cuentas públicas. Sin entrar en este momento en el análisis del tipo de gobernanza directorial que se están imponiendo en Europa, cabría plantearse la auténtica eficacia de la llamada «regla de oro».

28. La idea de incluir una limitación de rango constitucional a la capacidad de endeudamiento de las democracias no es nueva⁴⁴. Sin embargo, ha adquirido un nuevo protagonismo en el actual contexto de crisis en el que se busca inspiración en las recetas alemanas. En efecto, desde su entrada en vigor, la Ley Fundamental de Bonn prevé en su artículo 110.1 que «el presupuesto federal deberá ser equilibrado en sus ingresos y gastos». El artículo 115 prevé que los préstamos del Estado solo pueden ser empleados en gastos de inversión. Pero la eficacia real de estas aseveraciones se ha visto reducida por el recurso continuado a la cláusula de que permite incurrir en déficit para «para contrarrestar una alteración del equilibrio global de la economía». La reforma de la Constitución germana de 2009 introdujo un mecanismo de «freno al endeudamiento» (*Schuldenbremse*) que implica la obligación de limitar el

⁴³ J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *op. cit.*, p. 439.

⁴⁴ J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1962. *Vide*, igualmente, MUELLER, D., «Constitutional Democracy and Social Welfare», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 87/1, 1973, pp. 60-80.

déficit estructural federal al 0,35% del PIB y una obligación de equilibrio presupuestario por parte de los Länder, aunque estas garantías son susceptibles de derogación en casos de evolución anormal de la coyuntura, desastres naturales o situaciones extraordinarias más allá del control del gobierno y que puedan comprometer sustancialmente la capacidad financiera del Estado. Otros Estados europeos han seguido esta vía de limitar constitucionalmente el déficit. Dado que casi todas las reformas siguen los mismos principios y que ésta ha constituido la segunda reforma de la Norma Fundamental de 1978 en nuestro país, a continuación se analizará con cierto detenimiento el caso español⁴⁵.

A) La reforma de 2011: el nuevo artículo 135 CE

29. La reforma constitucional es una cuestión que se encuentra en el corazón de la teoría y práctica constitucionales. La teoría del constitucionalismo implica que las normas fundamentales para el ejercicio efectivo del poder del Estado y la protección de los derechos fundamentales individuales han de ser estables y predecibles y, en consecuencia, que dichas normas no pueden estar sujetas a un cambio fácil. Esto es crucial para la legitimidad del sistema constitucional. La reforma de la Constitución consistiría en una especie de actualización del pacto constituyente, una adaptación de la norma fundamental a nuevas realidades⁴⁶.

30. La reciente reforma de la CE 78, más que buscar una re-actualización del pacto constitucional, parece que sigue al pie de la letra el guión establecido por el directorio francoalemán que, tras una mini-cumbre de 16 de agosto de 2011, envió una carta al presidente del Consejo Europeo con la batería de medidas necesarias, a su juicio, para proteger y reforzar la Unión Económica y Monetaria y el mismo Euro⁴⁷. Concretamente, estas medidas, serían un «refuerzo» del gobierno (entendido como ‘gobernanza’) económico de la zona Euro, principio de estabilidad presupuestaria (la llamada «Golden rule» o «règle d’or»), convergencia fiscal e impuesto sobre las transacciones financieras.

31. Así, la que ha sido hasta la fecha la segunda reforma de la Constitución ha llegado tras un acelerado proceso de apenas un mes y ha entrado en vigor el 27 de septiembre de 2011. El texto de la reforma establece un preámbulo, una parte dispositiva con un artículo único (en el que se estipula la nueva redacción del artículo 135), una disposición adicional que establece el calendario de desarrollo de esta reforma y una disposición final que establece la entrada en vigor inmediata.

32. Cabe destacar, igualmente, que al ser producto de una iniciativa legislativa parlamentaria, pactada, además, por los dos principales partidos con representación en el hemiciclo, el Consejo de Estado no hubo de pronunciarse, lo que ha redundado en la celeridad con la que ha sido tramitada. La velocidad con la que se ha tramitado bate todos los records: la proposición de reforma registrada en el Congreso tiene fecha de 26 de agosto de 2011 y la entrada en vigor, luego de una expeditiva tramitación parlamentaria, se produjo el 27 de septiembre de ese mismo año: un mes.

33. El preámbulo de la reforma resalta la importancia del principio de estabilidad presupuestaria que «adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social» y que, por tanto, «justifica su consagración

⁴⁵ Un breve análisis de la inclusión de la «Golden rule» en otros países del entorno puede encontrarse en A. L. BAR CEN-DÓN, «La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 59-87, especialmente pp. 63-70. Igualmente, para el caso polaco, vide R. D. TORRES KUMBRIÁN / J. IZQUIERDO COLLADO, «La regla de oro en la Constitución polaca de 1997 y su influencia social y económica», *Estudios de Deusto*, Vol. 60/1, 2012, pp. 253-269.

⁴⁶ Para un análisis comparado sobre el poder reforma, véase el interesante estudio elaborado por la COMISIÓN DE VENECIA, Study no. 469/2008, *Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session* (Venice, 11-12 December 2009), CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 enero 2010.

⁴⁷ *Lettre commune de N. Sarkozy et de A. Merkel adressée à M. Herman Van Rompuy, Président du Conseil européen*, 17 agosto 2011, disponible en <http://www.elysee.fr/president/root/bank_objects/110817Lettre_commune_Sarkozy-Merkel.pdf> (última consulta: 15 noviembre 2011).

constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos». Curiosamente, se cita el Pacto de Estabilidad, pero no se alude a su fuerza normativa.

34. El nuevo artículo 135 de la CE reza así:

«1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias».

B) Sucinto análisis de la reforma española

35. El nuevo texto de la norma es bastante explícito, sin embargo, quizá quepa hacer una pequeña descripción de su contenido. Así, el artículo 135.1 obliga a que todas las Administraciones se adecúen al principio de estabilidad presupuestaria. Aunque el resto del artículo solo mencione las administraciones territoriales (Central, autonómica y local), habría que entender también incluida la llamada administración instrumental o institucional. Lo contrario podría propiciar que las administraciones territoriales creasen organismos autónomos a modo de filiales sobre las que descargar sus déficits.

36. El apartado 2 establece que no es posible superar el déficit estructural establecido por la UE, es decir, sin constitucionalizar la cifra, se haría alusión a la prohibición de superar el consabido 3%. No obstante, de la redacción se difiere a un momento posterior la distribución de este porcentaje entre el Estado y las Comunidades Autónomas en función de sus respectivos PIBs. A diferencia del caso alemán, por ejemplo, donde se ha inscrito en el texto constitucional el límite explícito, en el caso espa-

ñol vemos como se recurre a la ley orgánica para concretar, en un momento posterior, cuál haya de ser ese límite. Así, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ingresa directamente en llamado bloque de la constitucionalidad y se constituye en parámetro de validez de otras (las leyes de presupuestos autonómicas, por ejemplo)⁴⁸. Resulta extraño y, sin duda, una suerte de cuestionamiento de la primacía del Derecho de la UE, el que haya que establecer (o recordar) en sede nacional la necesidad de respetar una obligación supranacional ya existente. A nadie se le escapa, sin embargo, que la diferencia última con la situación anterior es que a partir de ahora habrá una jurisdicción que será competente para controlar el incumplimiento del déficit. En el caso de la obligación comunitaria, los Tratados de la UE (artículo 126 TFUE, antiguo 104 TCE) recogen multas, apercibimientos, informes públicos, etc., pero se excluye el control judicial por parte del TJUE (artículo 126.10 TFUE). En otro orden de cosas, en el caso de las entidades locales, por otra parte, simplemente se establece la necesidad de que estas administraciones territoriales cuadren sus cuentas. Para entender por qué se aplica un régimen distinto a las entidades locales, quizá cabría recordar la dificultad de ponderar, controlar y coordinar los déficits de más de ocho mil de estas administraciones territoriales.

37. El 135.3, además de recordar la obligación ya establecida en virtud del Derecho de la UE de no superar el límite de endeudamiento consignado en el Pacto de Estabilidad, establece la necesidad de autorizar por ley la emisión de deuda por parte de las CC AA e, igualmente, se recoge la «prioridad absoluta» de que gozan los pagos necesarios para satisfacer intereses y capital de la deuda pública de las Administraciones.

38. El artículo 135.4 establece los supuestos excepcionales en los que podrán sobrepasarse los límites de déficit estructural y volumen de la deuda pública (catástrofes, recesión, situaciones de emergencia extraordinaria...) condicionando su validez de dichas excepciones a que éstas sean apreciadas por mayoría absoluta del Congreso (176 diputados). El hecho de que la existencia del presupuesto habilitante (situaciones de emergencia...) haya de ser apreciado por una mayoría cualificada del Congreso suavizará sin duda el control que, en su caso, podrá realizar el Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de esas situaciones tasadas en el precepto constitucional. Es decir, si ya en el caso de la «extraordinaria y urgente necesidad» que la Constitución establece en el artículo 86 para la aprobación de un Real Decreto-Ley, el TC muestra una especial deferencia para con la apreciación realizada por el Gobierno (como excepción, cabría citar la STC 68/2007, con escasos efectos, por otra parte), la necesidad de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante en virtud de una mayoría cualificada del Congreso de los Diputados hará aún más excepcional un posible control del TC sobre este particular.

39. El apartado 5 del artículo 135 difiere a una ley orgánica la distribución de los límites de déficit y deuda entre el Estado y las CC AA, lo métodos y procedimientos de cálculo y la responsabilidad de cada administración, cosa que se desarrollo en la LO 2/2012 precitada, donde cabe destacar la mención que hace la LO al procedimiento excepcional del 155 CE (que habilita al Estado para intervenir las CC AA). Hay que decir que esta nueva obligación constitucional (controlable por el TC nacional) en nada modifica la obligación comunitaria del Reino de España de respetar el límite establecido en el Pacto de Estabilidad. Es decir, si España incumpliera los límites establecidos en el Pacto de Estabilidad antes de 2020 sería responsable en virtud del Derecho de la UE. Además, si tras la entrada en vigor, el Congreso estima por mayoría absoluta (artículo 135.4) que dadas unas excepcionales circunstancias, cabe sobrepasar los límites de referencia, aunque el TC nacional lo corrobore, España seguiría teniendo que responder ante las instituciones comunitarias en virtud de los compromisos adquiridos a través del Pacto de Estabilidad.

⁴⁸ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, BOE núm. 103 de 30 abril 2012. Sobre esta importantísima norma, *vide* I. M. L., «Comentario al Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 2012, sobre el 'Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 535-550, especialmente, pp. 542-543 sobre la impugnación de las leyes de presupuestos autonómicas.

40. El artículo 135.6, finalmente, conmina a las Comunidades Autónomas a adoptar las medidas necesarias para respetar el principio de estabilidad presupuestaria, especialmente, en lo que a la elaboración de nuevos presupuestos se refiere.

C) Valoraciones críticas

41. Con esta reforma, parece que el Estado cede ante los envites de las agencias de calificación, al haber perdido los gobiernos su credibilidad ante estas agencias «desreguladas» (en EE UU son entidades que operan bajo el paraguas de la libertad de expresión) e «irresponsables» (porque no parecen estar sujetas a responsabilidad, en el sentido de «*accountability*»). Así, el Estado acepta incluir la llamada «regla de oro» en el texto de su norma más sagrada, olvidando que ya contrajo esa obligación en el Pacto de Estabilidad que trajo consigo el Tratado de Maastricht. La necesidad de constitucionalizar una norma supranacional ya existente, parece indicar la debilidad del carácter obligatorio de esta última. Por ello, el problema aquí no es tanto que los Estados pierdan su tradicional soberanía económica y presupuestaria frente a organismos como el FMI, Banco Mundial, la propia UE o incluso el G-20, sino que hayan de ceder ante entidades privadas y no sujetas a ningún tipo de control público como son las agencias de calificación.

42. El contexto en el que se ha aprobado esta reforma de la Constitución española (carta conjunta del ex presidente Sarkozy y de la canciller Merkel) es una muestra más de que el gobierno de la UE avanza en su mutación institucional hacia un sistema de tipo directorial integrado por Alemania y Francia. La tensión clásica entre las instituciones propias del modelo de integración (Comisión y Parlamento) y la que representa el modelo puramente intergubernamental (Consejo) está dando paso a una suerte de modelo en el que el dúo francoalemán, actuando perfectamente sincronizado, se están erigiendo en un auténtico *primus inter pares*, pero *primus*, al fin y al cabo. Esta situación parece estar suavizándose desde la llegada de Hollande a la presidencia y el cambio de primer ministro en Italia, cuyo titular ha sido más partidario de devolver el protagonismo a los centros de decisión comunitarios.

43. Todas las miradas se tornan hacia los Estados. Frente a las ya casi tradicionales críticas al Estado como forma de organización política, su crisis de identidad o su presunta incapacidad para afrontar los retos derivados de la globalización, parecería que éstos vuelven a ser reivindicados como los actores fundamentales de la Economía, únicos capaces de imponer cierto orden, en esta especie de desregulación financiera global. Sin embargo, no es tanto el Estado, sino el Gobierno, entendido como poder ejecutivo, el que sale reforzado tras este envite. Es decir, nos encontraríamos ante un episodio más en el que el Parlamento aparece como el pariente pobre de la «gobernanza» económica, habida cuenta de la inmediatez con la que hay que adoptar las decisiones, la necesidad de coordinar actuaciones con otros gobiernos y, por qué no decirlo, la conveniencia de dar a entender a los mercados y actores económicos de que «alguien está al mando». Ese alguien difícilmente puede ser un cuerpo deliberativo que toma su tiempo para adoptar sus decisiones. Más bien, las vistas se giran hacia los gobiernos, a quien todo el mundo identifica y que son hoy día verdaderamente responsables ante los ciudadanos (más allá de los mecanismos de control de los sistemas de gobierno parlamentarios). Son los gobiernos, además, quienes tienen la representación de sus países en los Consejos de la UE donde se adoptan las decisiones a golpe variación de la prima de riesgo. No hay más que hojear el BOE en la última temporada, donde la proliferación de Real Decretos-leyes ilustra bastante bien esta situación, por no hablar del DOUE, que registra una importante actividad igualmente.

44. En cuanto a la incidencia en la Constitución económica como tal, la principal consecuencia consiste en que se judicializa la política económica y, específicamente, la política presupuestaria. En efecto, como recuerda la DA 3ª de la LO 2/2012, el Tribunal Constitucional será el encargado de controlar que la ley presupuestaria «vulneren los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución y desarrollados en la presente Ley [Orgánica]». Así, esta LO ha entrado directamente a formar parte del bloque de la constitucionalidad y se erigirá en canon o parámetro de control de las leyes presupuestarias. Por lo demás, habría que plantearse (dado el tiempo que suele emplear el TC en estos procedimientos)

los efectos prácticos y hasta qué punto puede resultar peor el remedio que la enfermedad si, supongamos, se declara inconstitucional un presupuesto que ya ha sido ejecutado hace unos años, por no hablar de las consecuencias políticas, económicas y jurídicas de las prórrogas presupuestarias obligatorias (DA 3ª) en caso de recurso ante el TC.

45. En último término, cabría preguntarse si esta reforma era desde el punto de vista jurídico necesaria y, una vez operada, qué es lo que realmente aporta. Sobre la primera cuestión cabría decir que ya existe una norma jurídica y directamente aplicable que obliga a no sobrepasar ciertos límites (3% de déficit y 60% de deuda pública). Lo que sucede es que estos límites que fueron impuestos por ciertos países fundadores a las nuevas economías que se incorporaban al proyecto europeo fueron incumplidos en su momento por los propios impulsores de dichos valores de referencia. En efecto, como se ha dicho antes, el Tribunal de Justicia no tiene competencia en esta materia. Parafraseando lo dicho por Laurent Fabius (antiguo primer ministro francés), resulta cuando menos chocante que exista una norma y que esta se incumpla sistemáticamente⁴⁹. Así, con esta reforma (que pretende generalizarse en los países de la zona Euro) se asigna a las máximas jurisdicciones nacionales la competencia para reprimir los excesos de los gobiernos anulando, si fuera menester, los presupuestos y actuaciones que ignoren esta obligación. De todas formas, cabría hacer una lectura en clave de relaciones de poder. En efecto, esta limitación, más que a los gobiernos, limita a los Parlamentos que son el auténtico legislador presupuestario. No parece que preterir al Parlamento nacional sea la mejor manera de lograr la «gobernanza económica» que se reclama. Parece que constitucionalizamos la «regla de oro» para mandar un mensaje a los mercados (y a las agencias de *rating*) de que por muy gastosos que sean los gobiernos salidos de las urnas, allí estará la Constitución para frenar los deseos de endeudamiento. En el fondo, da la sensación de que el principio de estabilidad presupuestaria se incluye en la norma fundamental porque el Capital recela de la democracia y ahí es donde los principios ordoliberales deberían reivindicar su vigencia.

2. Las medidas adoptadas en el seno de la Unión

46. El Consejo extraordinario de Asuntos Económicos y Financieros celebrado los días 9 y 10 de mayo de 2010, bajo la presidencia de la entonces Ministra española Dña. Elena Salgado decidió adoptar un conjunto global de medidas para mantener la estabilidad financiera en la Unión Europea⁵⁰. Entre ellas se encuentra el establecimiento de un Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF). Tal Mecanismo fue creado mediante el Reglamento (UE) n° 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo y tenía como base jurídica el art. 122 TFUE, el cual prevé la posibilidad de conceder una ayuda financiera de la Unión a un Estado miembro que esté en dificultades o en serio riesgo de dificultades graves, ocasionadas por acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar⁵¹. Así, la Comisión podría contraer empréstitos en los mercados de capitales o con instituciones financieras hasta un monto total de 60.000 millones de euros, créditos de los que en realidad sería deudor el Estado que hubiese solicitado la ayuda y de los que la Unión Europea sólo sería garante en caso de mora del deudor. Este mecanismo es susceptible de ayudar tanto a Estados miembros de la zona Euro como a los que no lo son.

47. Al tiempo se preveía el establecimiento, entre los Estados miembros del área Euro, de un Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) destinado a preservar en este caso la estabilidad financiera de la zona Euro. Tal Fondo, creado el 7 de junio de 2010 mediante un acuerdo intergubernamental entre los Estados que forman el área monetaria integrada, adoptó la forma de sociedad anónima de derecho luxemburgués⁵². Si bien no se prevé la disolución del Fondo, sí está previsto que no se esta-

⁴⁹ Un breve extracto de estas declaraciones ha sido recogido en D., SIMON, «La règle d'or ou les normes en caoutchouc 'gravées dans le marbre'», *Europe*, Août-Septembre 2011, p. 4.

⁵⁰ El texto del Comunicado de Prensa de dicho Consejo se encuentra en <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/114347.pdf>, (última consulta: 1 de febrero de 2013).

⁵¹ *Diario Oficial* L 118 de 12 mayo 2010, pp. 1-4.

⁵² Los estatutos pueden consultarse en <http://www.efsf.europa.eu/attachments/efsf_articles_of_incorporation_en.pdf>, (última consulta: 1 de febrero de 2013).

blezcan nuevas intervenciones del mismo más allá del 30 de junio de 2013 (art. 4). En su constitución estaba previsto que el Fondo pudiese emitir bonos u otros instrumentos de deuda en los mercados de capitales hasta un total de 440.000 millones de euros. Estaba previsto así mismo que el Fondo Monetario Internacional participase con una contribución de al menos la mitad de los dos mecanismos europeos mencionados, es decir 250.000 millones más, elevando la garantía total a los 750.000 millones de euros.

48. En septiembre de ese mismo año 2010, la Comisión Europea presentaba un ambicioso plan de reforma de la gobernanza económica europea, el conocido como «six-pack», al que luego nos referiremos, y que contenía mecanismos para ampliar y profundizar el control de las políticas fiscales de los Estados miembros así como reformas en las políticas macroeconómicas y estructurales, junto con nuevos mecanismos para reconducir el comportamiento de los Estados no cumplidores.

49. Menos de un año después, el Consejo Europeo se vio en la necesidad de adoptar, en su reunión de 24 y 25 de marzo de 2011, un nuevo «conjunto global de medidas encaminadas a responder a la crisis, preservar la estabilidad financiera y establecer los fundamentos de un crecimiento inteligente, sostenible, socialmente integrador y creador de empleo», con vistas a reforzar «la gobernanza económica y la competitividad de la zona del euro y de la Unión Europea». Entre otras muchas acciones, dadas las dificultades que para enfrentar las crisis suponían los límites establecidos en el art. 125 TFUE derivados del principio de no corresponsabilidad financiera, el Consejo Europeo decidió proceder a modificar el art. 136 del mismo Tratado por vía del procedimiento de revisión simplificada –novedad de la reforma de Lisboa– previsto en el art. 48.6 TUE⁵³. Esta reforma, que supone la inclusión de un nuevo apartado al citado art. 136 TFUE, ofrecería una base jurídica más clara a fin de crear un mecanismo de estabilidad con carácter permanente y destinado a asumir las tareas encomendadas al MEEF y al FEEF, es decir, facilitar, en caso necesario, asistencia financiera a los Estados miembros que la necesiten.

50. Sin embargo, la velocidad a la que se ha ido desarrollando los picos de estas sucesivas crisis ha permitido revelar una vez más la débil voluntad de los Estados miembros para hacer funcionar el mecanismo de adopción de decisiones con la urgencia que los acontecimientos requieren. El 2 de febrero de 2012 los Estados de la zona Euro firmaron el Tratado de creación del MEDE previsto por el Consejo Europeo⁵⁴. Se constituirá así entre los Estados miembros de la zona euro una organización internacional en el ámbito financiero con sede en Luxemburgo⁵⁶.

51. El propio Tratado MEDE se refiere a un nuevo Tratado, éste destinado a avanzar hacia una unión económica más fuerte. Se trata del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), adoptado el 2 de marzo de 2012 por todos los Estados miembros menos el Reino Unido y la República Checa y que se encuentra asimismo en fase de ratificación⁵⁷.

⁵³ Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, *Diario Oficial* L 91 de 6 abril 2011, pp. 1-2.

⁵⁴ Tanto la legalidad de la Decisión 2011/199/UE como del Tratado MEDE fueron objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de una cuestión prejudicial derivada de un recurso planteado por un parlamentario irlandés. La sentencia de la Corte de Luxemburgo dictada el 27 de noviembre de 2012 no encuentra tacha de ilegalidad en la Decisión ni obstáculo para que los Estados concluyan el Tratado (asunto C-370/12, *Thomas Pringle v. Irlanda*, Sentencia del TJUE de 27 noviembre 2012, pendiente de publicación). Sobre esta sentencia *vide* F. PICOD, «Rien ne s'oppose au traité instituant le mécanisme européen de stabilité», *La Semaine Juridique*, núm. 50, 2012, p. 2260.

⁵⁵ Una versión previa se había firmado el 11 de julio de 2011, pero esa versión fue modificada a la luz de los reuniones de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona Euro que tuvieron lugar los días 21 de julio (<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/123986.pdf>, última consulta: 1 de febrero de 2013) y 9 de diciembre de 2011 (<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/126673.pdf>, última consulta: 1 de febrero de 2013) a fin de reforzar la efectividad del mecanismo.

⁵⁶ El instrumento de ratificación por parte de España se publicó en el *BOE* núm. 239 de 4 octubre 2012, pp. 70375-70397.

⁵⁷ La entrada en vigor exige la ratificación de al menos 12 Estados de la zona euro. En España la ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea se autorizó a través de la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, *BOE* 178 de 26 julio 2012, pp. 53541-53553.

Este Tratado contiene una parte en materia fiscal conocida como «fiscal compact». Exige a los Estados que lo ratifiquen respetar la convergencia los objetivos presupuestarios a medio plazo fijados para cada uno de ellos con un límite de un déficit estructural del 0,5% del PIB (1,0% del PIB para los Estados miembros con un nivel de endeudamiento muy inferior al 60% del PIB). Así mismo, se prevén mecanismos de corrección automática a aplicar en caso de desviación respecto del objetivo a medio plazo o la senda de ajuste necesaria para lograrlo, con cláusulas de escape para casos excepcionales. Estas reglas presupuestarias estar recogidas en disposiciones «que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales». Se prevé incluso la posibilidad de sanciones a imponer por el Tribunal de Justicia de la UE. Es de destacar así mismo el establecimiento de lo que se ha dado en llamar «mayoría cualificada inversa», es decir, que los Estados se comprometen a apoyar las propuestas o recomendaciones de la Comisión cuando ésta detecte un déficit excesivo y que sólo se considerarán no aprobadas si una mayoría cualificada de los Estados se opone a ellas.

52. Las propuestas formuladas por la Comisión en septiembre de 2012, a las que se ha hecho referencia, fueron finalmente aprobadas por el Parlamento Europeo y por el Consejo y entraron en vigor en diciembre de 2011. El «six-pack» recibe este nombre por estar constituido por seis normas de Derecho Derivado aplicables a los 27, si bien con algunas especificidades para los miembros de la zona euro: cinco reglamentos y una directiva.

53. En materia fiscal, el objetivo es reforzar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, ya que se refuerzan tanto los mecanismos preventivos de desviación de déficit y deuda (por ejemplo, a través de una definición concreta de lo que constituye una «desviación significativa» frente al objetivo presupuestario a medio plazo) como los correctivos (el procedimiento de déficit excesivo, que también podrá ponerse en marcha ante una reducción no satisfactoria de la *ratio* de deuda pública hacia el objetivo del 60% del PIB o un mecanismo de sanción en forma de multa que podría llegar al 0,5% del PIB). Se adoptarían un Reglamento (UE) n° 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro⁵⁸; un Reglamento (UE) n° 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas⁵⁹; un Reglamento (UE) n° 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo⁶⁰, y una Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros⁶¹. En materia macroeconómica, se adoptarían un Reglamento (UE) n° 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro⁶², y un Reglamento (UE) n° 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos⁶³.

54. La relación entre este «six-pack» y el «fiscal compact» no es evidente. Es claro que van a mantener vidas paralelas, como lo es que buena parte de sus disposiciones son comunes. Pero también lo es que el Tratado Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea contiene algunas disposiciones más exigentes que las contenidas en las normas de Derecho derivado, como la exigencia de

⁵⁸ *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 1-7.

⁵⁹ *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 12-24.

⁶⁰ *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 33-40.

⁶¹ *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 41-47.

⁶² *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 8-11.

⁶³ *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 25-32.

constitucionalizar los mecanismos que obligan a respetar los objetivos presupuestarios a medio plazo. El objetivo de la Comisión es «comunitarizar» ese Tratado extra-UE.

55. Dado lo fluido de la situación en los mercados, el haz de normas de las que se dota la Unión nunca puede darse por cerrado. Existen dos propuestas de reglamento presentadas por la Comisión: una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro y una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades⁶⁴. Mediante estos reglamentos, se exigiría a los Estados miembros remitir anualmente al Consejo y a la Comisión sus proyectos de presupuesto a fin de que la Comisión pudiese valorar, en su caso, si existe el riesgo de incumplimiento del plazo para la corrección del déficit excesivo. Además, la supervisión será más estrecha para los Estados miembros que experimenten serias dificultades respecto de su estabilidad financiera, o que reciban ayuda financiera sobre una base cautelar. Está así mismo en estudio la creación de un «mecanismo único de supervisión» para supervisar a las entidades de crédito. Esto se plasma en dos nuevas propuestas de reglamento: uno que otorga funciones de supervisión al Banco Central Europeo⁶⁵ y otro que modifica el Reglamento n° 1093/2010 por el que se creó la Autoridad Bancaria Europea⁶⁶.

VI. Conclusiones provisionales. Notas para un debate sin fin

56. La Constitución económica europea se debate entre sus fundamentos ordoliberales (protección a la libre competencia, responsabilidad, impuestos progresivos e incluso el salario mínimo) y las consecuencias de la crisis económica y financiera que no cesa y que invitaría a abrazar los postulados del liberalismo del *laissez-faire*. Los procedimientos de armonización en materia fiscal, el control europeo de la deuda de los Estados y otras medidas comunitarias de respuesta a situaciones de dificultad económica de sus Estados miembros contribuyen formalmente a optimizar la gobernanza económica de la Unión y el propio concepto de Constitución económica. Ahora bien, las medidas de estímulo fiscal, el control del déficit presupuestario e incluso algunos recortes de prestaciones hasta ahora irrenunciables no han de afectar nunca el núcleo esencial de la Constitución económica europea: la libre competencia junto con las cuatro libertades básicas.

57. En contextos de crisis como el actual, existe la tentación de culpar de los males a la sobre-regulación de la Economía por parte del Estado y se reclama la desregularización como solución a todos los problemas. También los gobiernos a veces reaccionan aparentemente a la inversa, tratando de proteger a la desesperada la industria nacional con barreras de entrada, nacionalizaciones y otras limitaciones a la competencia. Si bien es verdad, que ciertas medidas de optimización y simplificación administrativas pueden ayudar, no hay que perder nunca de vista que los poderes públicos no pueden retirarse de la escena y dejar que los agentes económicos se autorregulen. Más arriba se ha recordado cómo el liberalismo más radical puede desembocar fácilmente en situaciones mono- u oligopolísticas, lo que acaba afectando al desarrollo económico, por no hablar de apuntalar situaciones de dominación sobre los ciudadanos. Los poderes públicos juegan, pues un papel importantísimo, al ser los responsables de asegurar las condiciones para que se desarrolle la libre competencia.

⁶⁴ COM (2011) 821 final y COM (2011) 819 final, respectivamente. Estas propuestas, tras recibir el dictamen del Banco Central Europeo y pasar por la primera lectura en el Parlamento Europeo, han sido debatidas por el Consejo en su sesión de 4 de diciembre de 2012.

⁶⁵ COM (2012) 512 final. Tras el dictamen del Comité Económico y Social Europeo y del banco Central Europeo, se ha producido un acuerdo político sobre la propuesta en el Consejo del 12 de diciembre de 2012.

⁶⁶ COM (2012) 511 final. También sobre esta propuesta se alcanzó un acuerdo político en el seno del Consejo en su reunión de 12 de diciembre de 2012.

58. Es claro que dada la interrelación y sinergias de las economías de los Estados de la Unión, la gestión del modelo económico no puede ser eminentemente nacional. Antes bien, la Constitución económica exige que la UE se dote de instrumentos de gestión eficaces y que se refuerce la legitimidad democrática de los mecanismos de toma de decisión. En todo caso, se hace imprescindible una labor de pedagogía y responsabilidad por parte de los responsables políticos para explicar el complejo entramado económico-financiero paneuropeo, defender la necesidad de medidas de ajuste, escapar de soluciones populistas a corto plazo y recordar siempre que en la esencia de la Constitución económica se encuentran los valores tradicionales del humanismo europeo.