

El marco legal de la Banca Pública

¿Qué dice la Constitución española y los Tratados de la Unión Europea sobre la Empresa Pública? Es importante saber esto, pues toda medida a favor de ampliar el peso del Sector Público –incluida la creación de un Banco Público- debe tener en cuenta los aspectos jurídicos de la cuestión.

Con este fin vamos a estudiar, en primer lugar, el contenido de nuestra Constitución y luego, el de los Tratados de la Unión Europea. Pero antes analicemos qué se entiende por Empresa Pública.

1. ¿Qué es una Empresa Pública?

Una empresa es una institución social cuya tarea esencial es la de producir bienes y servicios para terceros. Sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico interno no hay una definición legal, propiamente dicha, sobre cuándo una empresa es de carácter público. El Derecho comunitario, en cambio, sí se ha planteado la tarea de definir qué es una empresa pública, y lo ha hecho por medio de la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980.

En dicha disposición, la Comisión comienza definiendo qué entiende por empresa pública. Se tratará de “*cualquier empresa en la que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.*”

Sigue el precepto presumiendo la existencia de influencia dominante siempre que los poderes públicos: a) posean la mayoría del capital suscrito, b) que dispongan de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas, o c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia.¹

La Empresa Pública es una forma de participación *directa* del Estado en la economía. Se habla de intervención directa para diferenciarla de otras formas de intervención ‘indirectas’ como es el caso, por ejemplo, de la dispensación de ayudas y de subvenciones dirigida a impulsar determinadas actividades o producciones económicas o, incluso, de la propia actividad impositiva que busca disuadir algunas actividades o producciones. Y también, cómo no, de la actividad normativa reguladora de la economía, que es asimismo una forma indirecta de intervención en el sistema productivo.²

2. La Empresa Pública en la Constitución española

Las grandes opciones ideológicas con respecto al tipo de empresa que puede funcionar en una economía, y que, a su vez, pueden figurar en un texto constitucional, son las siguientes:

- A. Reservar toda la actuación de gestión económica al Sector Privado.
- B. Por el contrario, reservar totalmente dicha actuación al Sector Público.

¹ **María Amparo Salvador Armendáriz:** *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 117 y 134.

² **María Amparo Salvador Armendáriz:** *ibídem*, pp. 145 y s.

- C. En un tercer grupo podrían englobarse todas las fórmulas que compatibilizan ambos sectores y que han venido en denominarse de ‘economía mixta’; este grupo admitiría diversas variantes: dar a cada sector un campo propio y separado; reservar campos de la economía específicos al Sector Público o al privado dejando que coexistieran en los demás; dar primacía al sector público o privado dejando al otro en una posición subsidiaria.³

Pues bien, el modelo recogido en nuestra Constitución se decanta por el tercero, es decir, por el de ‘economía mixta’; pero ¿por cuál de los subgrupos anteriormente expuestos?

Para responder a esta última pregunta debemos acudir a los artículos 38 y 128 de dicha Constitución, donde se hace mención a estas cuestiones.

El artículo 38 reza así:

*“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*⁴

Este artículo, al estar incluido en el capítulo segundo ‘Derechos y libertades’ del título I ‘De los derechos y deberes fundamentales’ implica una especial protección a la libertad de empresa, que se considera un derecho fundamental.⁵

Sin embargo, queda también claro que la gestión de estas empresas privadas deberá estar “*de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*” Es decir, la libertad de empresa no es un derecho absoluto.

Entonces surge al punto la siguiente cuestión: ¿qué clase de planificación puede someter a su tutela a las empresas privadas? Creemos que no puede ser otra que la denominada ‘planificación indicativa’, a la que se le reserva el papel de formular una previsión sobre la evolución futura de la economía y, junto a esta previsión, proponer unas medidas correctivas de política económica. Las disposiciones de dicho plan tienen carácter vinculante sólo para el Sector Público (‘planificación imperativa’), siendo meramente indicativas para el Sector Privado, al que se le proponen unas sugerencias sobre los fines que se consideran adecuados y sobre el que actúa a través de los mecanismos de mercado. Por esto, los medios de política económica suelen ser indirectos, basados en la utilización de un sistema de estimular o recargos o en intervenciones globales del Gobierno sobre la oferta o la demanda de algunos mercados (ya se trate de mercado de bienes, de dinero o de valores) en particular o del conjunto de la economía.⁶

Por su parte el artículo 128, párrafo 2 dice lo siguiente:

“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de

³ **Eduardo Serra Rexach:** “La Empresa Pública y la Constitución”, en **AA.VV.:** *La Empresa Pública española: estudios*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 91.

⁴ <http://es.wikisource.org/wiki/Constitución_española_de_1978:_09>

⁵ **Eduardo Serra Rexach:** *ibídem*, p. 91.

⁶ **Josep María Bricall:** *La planificación económica*, Barcelona, ed. Salvat, 1975, pp. 60 y s.

*monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”*⁷

Este párrafo reconoce tres cuestiones importantes: 1) el derecho que tiene el Estado a nacionalizar una empresa privada “*cuando así lo exigiere el interés general*”; 2) que la actividad de la Empresa Pública no es subsidiaria de la que pueda realizar la empresa privada, es decir que se permite la ‘iniciativa’ del Estado en materia económica sin necesidad de que exista insuficiencia de la iniciativa privada; y 3) que estas Empresas Públicas podrán ejercer en exclusiva su actividad económica –mediante la aprobación de una Ley- sin la competencia de empresa privadas.⁸

En base a estas consideraciones el especialista Eduardo Serra emite la siguiente valoración:

*“...nuestra Constitución acoge una fórmula mixta que podemos denominar ‘plena’, puesto que, en general, permite la concurrencia de los sectores público y privado en todos los campos de la actividad económica, si bien da la posibilidad de reservar algunos campos concretos con carácter exclusivo (los recursos o servicios esenciales) al sector público.”*⁹

Otra cuestión fundamental es la siguiente: ¿marca algún límite la Constitución a la gestión pública de la actividad económica? El dictamen de un jurista conservador, Gaspar Ariño, es que entre los artículos 38 y 128 de la Constitución española existe una evidente contradicción, sin que se ponga límite a la expansión del Sector Público; y con el fin de preservar la libertad de empresa recogida en el primer artículo, aconseja la promulgación de una *Ley General de Ordenación Económica* -con el rango de orgánica por regular un derecho fundamental- donde se defina el marco jurídico completo de la economía de mercado y las bases de intervención del Estado en la economía, toda vez que éste puede desplazar a la empresa privada “*en razón a los superiores medios y las ventajas financieras de que goza la Administración.*”¹⁰

Según Tomás-Ramón Fernández no existiría tal contradicción entre ambos artículos:

*“El artículo 128 y su reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica es la afirmación de uno de estos instrumentos a disposición de los poderes públicos para que realicen esa corrección progresiva de una realidad preexistente que... se acepta, pero que se reconoce insatisfactoria.”*¹¹

Por nuestra parte sin tener competencias en el campo del derecho sí vemos, en cambio, una contradicción entre el artículo 38 y el párrafo 1 del mencionado artículo 128, donde se dice:

*“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.”*¹²

⁷ <http://es.wikisource.org/wiki/Constitución_española_de_1978:_09>

⁸ **Eduardo Serra Rexach:** *op. cit.*, pp. 106-8.

⁹ **Eduardo Serra Rexach:** *op. cit.*, p. 108.

¹⁰ **Gaspar Ariño Ortíz:** “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del Sector Público y control de su expansión”, en **AA.VV.:** *La Empresa Pública española: estudios*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, pp. 189-194.

¹¹ **Tomás-Ramón Fernández:** “Reflexiones sobre la Empresa Pública española”, en **AA.VV.:** *La Empresa Pública española: estudios*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 56.

¹² <http://es.wikisource.org/wiki/Constitución_española_de_1978:_09>

En efecto, consideramos muy contradictoria la formulación de este precepto con el reconocimiento de la libre empresa como un derecho fundamental. De cualquier modo, parece *prima facie* que en la Constitución española no hay límite alguno previsto a la expansión del Sector Público.

Finalmente, ¿qué objetivos propone la Constitución española a la planificación económica, tanto a la de carácter indicativo sobre la empresa privada como, también, a la de carácter imperativo sobre el Sector Público?

Estos vienen recogidos en el artículo 131, párrafo 1, que dice así:

*“El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.”*¹³

Y el párrafo 2 continúa:

*“El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.”*¹⁴

Vemos, en definitiva, que a la Empresa Pública se le confiere en nuestra Constitución la posibilidad de desempeñar uno papel extraordinario en la vida económica de nuestro país.

3. La Empresa Pública en los Tratados de la Unión Europea

A través de sucesivos Tratados y acuerdos legales internacionales la Unión Europea se ha ido dotando de lo que algunos juristas denominan, aunque con cierta cautela, de una ‘constitución económica europea’.¹⁵ Por tanto resulta pertinente preguntarse: ¿cómo encaja la Empresa Pública en este marco legal?

El desarrollo de la legislación europea en este tema se ha articulado sobre cuatro principios básicos, que primero expondremos y luego valoraremos.

1. **Principio de libre competencia.** La política de competencia reviste una importancia singular en la Unión Europea no sólo como mecanismo que permite mejorar la asignación de recursos y favorecer el progreso (económico o tecnológico) o la innovación, sino también en la medida en que es una condición previa para el éxito de otras políticas previstas. De modo que la creación de un sistema que impida el falseamiento de la competencia en la Unión Europea es, desde sus orígenes, una de las piedras angulares sobre las que descansa la construcción de la Unión.¹⁶
2. **Principio de neutralidad.** Por lo que se refiere a la propiedad de las empresas, pública o privada, la legislación comunitaria se muestra neutral “y no prejuzga en modo alguno el régimen de

¹³ <http://es.wikisource.org/wiki/Constitución_española_de_1978:_09>

¹⁴ <http://es.wikisource.org/wiki/Constitución_española_de_1978:_09>

¹⁵ **Javier Tajadura Tejada:** “Empresas públicas y Unión Europea”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, nº 166 (Enero, 2002), p. 39.

¹⁶ **Olga Ruiz Cañete:** “Nuevas perspectivas para la Empresa Pública: el marco comunitario y el desafío del Mercado Único”, en *Hacienda Pública Española*, nº 126 (1993), p. 130.

propiedad de los Estados miembros” (art. 222 del Tratado de Roma). Esto significa que se acepta un sector empresarial mixto en el que conviven empresas de propiedad pública y de propiedad privada.¹⁷

3. Principio de paridad de trato. Las Empresas Públicas, como las privadas, deben respetar las reglas de competencia comunitarias. Aunque se acepta que si las Empresas Públicas se encargan de la gestión de ‘servicios de interés económico general’, se les dispense de seguir estas reglas cuando la aplicación de las mismas impida el cumplimiento de los objetivos de estas empresas; eso sí, con la limitación de que el desarrollo de los intercambios comunitarios no sea afectado en una medida contraria al interés comunitario. Se aprecia en esto último, por tanto, una jerarquía superior de la normativa comunitaria frente a los intereses generales nacionales. De ahí que, donde haya una política común (carbón, acero, agricultura, materiales nucleares, ...) prevalece la supremacía del interés general comunitario. Por el contrario, donde sólo hay cooperación y concertación, los Estados disponen de la facultad de dirigir sus políticas nacionales. En estos casos, el Consejo y la Comisión no pueden más que armonizar en el respeto a la política común de competencia que se impone en todos los casos.¹⁸
4. Principio de incompatibilidad de ayudas estatales. En el desarrollo de la libre competencia, los artículos 92 y 94 del Tratado de Roma regulan las ayudas estatales a las empresas públicas, partiendo de un principio general de incompatibilidad, de acuerdo con el cual “*son incompatibles con el Mercado Común, en la medida en que afecten a los intercambios entre los Estados miembros, las ayudas concedidas por los Estados o con cargo a los recursos estatales, cualesquiera que sea la forma que revistan, siempre que falseen o puedan falsear la competencia, favoreciendo ciertas empresas o producciones*”.¹⁹ El Tratado de Roma también establece, tras la regulación sustantiva de las ayudas estatales, unas reglas para controlar su cumplimiento por parte de los Estados miembros, basadas en la transparencia de la gestión de estas empresas y el deber de informar de las ayudas que se les conceden. Y por último, se aceptan algunas ayudas con carácter excepcional en casos tales como desastres naturales o graves perturbaciones de la economía, y para el desarrollo regional o sectorial.²⁰

Un punto esencial en estas disposiciones normativas es la diferenciación, por un lado, entre empresas públicas concurrenciales y, por otro, empresas públicas que realizan la gestión de servicios de interés económico general.

En lo que se refiere a las primeras, esto es las concurrenciales, leemos lo siguiente en un artículo aparecido en prensa:

“La supervivencia en el mercado de estas empresas requiere que no se limite su capacidad de gestión, ni se le marquen otros objetivos políticos como por ejemplo: empleo, ámbito geográfico de actuación, tipos de productos, precio de venta o condiciones de venta, etcétera, ya que limitarían su rentabilidad y pondrían en peligro su continuidad en el mercado. Por otra parte, estas medidas actuarán como revulsivo para las citadas empresas al saber que carecen del seguro existente actualmente, de manera que tendrán que ser más rigurosas en el control de sus costes y en la realización de proyectos de inversión que posean una rentabilidad superior al riesgo que tengan asociado. Frente a las consideraciones expuestas con anterioridad surge

¹⁷ **María Teresa López López y Alfonso Utrilla de la Hoz:** *Introducción al Sector Público español*, Madrid, ed. Civitas, 1998, p. 354.

¹⁸ **Olga Ruiz Cañete:** *op. cit.*, pp. 132 y s.

¹⁹ **María Teresa López López y Alfonso Utrilla de la Hoz:** *op. cit.*, p. 354.

²⁰ **Olga Ruiz Cañete:** *op. cit.*, p. 133.

*una pregunta inevitable: ¿existe alguna razón por la cuál se considere que estas empresas deban estar en el sector público?”*²¹

En lo que respecta a los servicios de interés general, es esta una noción propia de la Unión Europea que no posee una definición ‘oficial’ acabada y que ha sido aplicada de modo progresivo en la práctica comunitaria. En una reciente Comunicación de la Comisión del año 2007 sobre estos servicios aparece la siguiente definición: “*los servicios de interés general pueden ser definidos como los servicios, tanto económicos como no económicos, que las autoridades públicas clasifiquen como de interés general y sometan a las obligaciones específicas de servicio público.*” Son los Estados miembros quienes tienen la competencia general para definir los servicios de interés general, aunque la Comisión tiene la potestad de poner en duda la pertinencia de una actividad de servicios de interés general por parte de un Estado (como se produjo, efectivamente, en el año 2007 cuando la Comisión se opuso a que los Países Bajos calificaran de servicios de interés general de su sistema de vivienda social).²²

Sobre esta última cuestión cabe hacer tres necesarias observaciones. La primera, que desde el punto de vista económico es un error reduccionista hablar únicamente de ‘servicios de interés general’, cuando las empresa pueden ofrecer tanto bienes como servicios. La segunda, que podemos predecir que en futuro se producirán batallas ideológicas encarnizadas sobre la delimitación de qué bienes y servicios son de interés general. Y la tercera, como hemos visto, que en este asunto prevalece el interés económico comunitario sobre los nacionales

En definitiva, como bien ha advertido Begoña Ruiz “*lo que subyace detrás de estos planteamientos no es más que el inevitable y recurrente problema de cuáles son los límites adecuados de la actividad pública dentro de una economía mixta*”.²³ Es decir, que parece que el marco legal de la Unión Europea ha satisfecho los deseos de aquellos que aspiraban a delimitar el campo de actuación de la empresa pública, ya que dentro de la Constitución española no se podían realizar.

Vemos pues que los Tratados que han ido levantando el edificio de la Unión Europea no altera las formas de propiedad existentes en los Estados miembros. De él no se deduce la necesidad de privatizar la empresa pública. Lo que los Tratados imponen es el sometimiento de la empresa pública a las mismas reglas y comportamientos que las empresas privadas. Ahora bien, esta equiparación, si bien no elimina la titularidad misma del derecho de propiedad, sí que afecta a la forma de ejercicio de este derecho. Sólo si se trata de una empresa que asume servicios de interés general, calificación que habrá que ver caso por caso, puede pretenderse su exclusión de las reglas generales de la competencia. Y en los casos en que dicha exclusión no es posible la pervivencia de las empresas públicas es sometida a unos condicionamientos que desmienten la neutralidad de los Tratados, y en beneficio de las tendencias privatizadoras definitivamente impuestas a partir de los años ochenta en todas las economías occidentales.²⁴

Begoña Ruiz también realiza una valoración muy semejante de la cuestión en un texto que creemos interesante reproducir *in toto*:

“A modo de conclusión cabría señalar que: 1) la construcción de la nueva Europa implica la primacía del interés comunitario general sobre los intereses nacionales (de

²¹ **Juan Francisco Corona:** “La empresa pública en el mercado único”, en *El País*, 9/7/1996. Disponible en < http://elpais.com/diario/1996/07/09/economia/836863237_850215.html>

²² <<http://www.eurosig.eu/article118.html>>

²³ **Olga Ruiz Cañete:** *op. cit.*, p. 143.

²⁴ **Javier Tajadura Tejada:** *op. cit.*, p. 31.

los distintos Estados miembros); 2) parece haberse optado por una postura unidireccional que identifica la consecución de la Unión Económica y Monetaria con la de un capitalismo de grandes unidades con una regulación puramente concurrencial; 3) a la luz de esta perspectiva, la empresa pública se encuentra con una normativa comunitaria en expansión que, admitiendo la economía mixta, opta por someterlas al derecho común de la competencia y a severos controles. Así, debe adoptar siempre, en su calidad de empresa, una gestión conforme a las exigencias comunitarias del mercado interior... La política oficial [de la Unión] parece apuntar hacia un comportamiento idéntico entre empresas públicas y privadas, tanto en lo que se refiere a objetivos como a restricciones económicas y financieras. Este planteamiento supone asumir que no conviene introducir la política en actividades comerciales o mercantiles. Ello justificaría los drásticos y crecientes controles que establece la normativa comunitaria sobre la empresa pública. Si esta política se impone habría que preguntarse qué justifica la existencia de las empresas públicas dentro de la nueva Europa, puesto que esta corriente parece querer olvidar precisamente su dimensión pública (el aspecto 'no comercial'). Mientras la empresa pública se ha caracterizado por su posibilidad de ser utilizada en beneficio de finalidades colectivas, es precisamente este carácter el que se tiende a considerar como un obstáculo para la puesta en práctica del Mercado Único.”²⁵

Una última observación. En consonancia con lo que llevamos expuesto Javier Tajadura nos ha advertido que los fines que la Unión Europea asigna a la empresa pública no son coincidentes con los propios de la Constitución; y que a pesar de la trascendencia de esta situación –y que nosotros no dudamos en calificar de ‘vaciamiento constitucional’- no se ha producido el necesario debate intelectual al margen de argumentos puramente nacionalistas.²⁶

CARLOS JAVIER BUGALLO SALOMÓN

Licenciado en Geografía e Historia
Diplomado en Estudios Avanzados en Economía

²⁵ **Olga Ruiz Cañete:** *op. cit.*, pp. 141 y s.

²⁶ **Javier Tajadura Tejada:** *op. cit.*, pp. 58 y s.