

¿QUÉ ES EL DERECHO?

- Técnica social basada en convencionalismos
- Conjunto de reglas que formalizan los convencionalismos sociales
- Está muy vinculado a la cultura e historia del país en que radica
- Funciones:
 - Crear instituciones
 - Establecer límites con el objetivo de reconstruir actividades o conductas sociales, mediante la creación de reglas
- El D° debe ser transparente (tanto en el ámbito privado como en el público) para luchar en contra de las imperfecciones. Ej.: los límites que establece no siempre son racionales.

D° ADMINISTRATIVO O D° PÚBLICO

Def.: D° Administrativo Económico: Conjunto de reglas jurídicas que ordenan la actividad económica del Estado y de los particulares, en aquellos ámbitos en los que se considera que está presente el interés público de forma relevante. (no está presente en todas las actividades de índole económico)

El D° Administrativo como D° cumple sus funciones propias. Actualmente, se está produciendo una transmutación de sus funciones:

- institucionalización incompleta
- creación de límites enfocado a satisfacer a los mercados.

Esto se debe a que el Estado ha cambiado su objetivo de proteger a lo social por proteger al mercado.

MARCO COMUNITARIO Y CONSTITUCIONAL DEL DAE

El D° está integrado por un conjunto de normas que están ordenadas jerárquicamente.

Kelsen: el D° es una pirámide normativa.

El sistema jurídico está ordenado en forma piramidal, en cuya cúspide se sitúa la norma suprema del ordenamiento jurídico (Constitución). Por lo que existe una subordinación entre dicha norma suprema y el resto de las normas, que se caracteriza por:

- ninguna norma podrá contradecir a la suprema
- las normas son una mera ejecución de la norma suprema

El Estado actúa a través de las AAPP en el ámbito económico; mediante la regulación de las actividades económicas.

La AAPP tiene poder jurídico para:

- imponer obligaciones exigibles en cuanto a su cumplimiento sin necesidad de que exista contrato
- crear derechos. Ej.: licencias

Por tanto, para evitar que el poder absoluto del Estado se convierta en corrupción, se trata de limitar dicho

poder para que el Estado posea un poder relativo.

Por ello, la capacidad de actuación de las AAPP está limitada por el Ordenamiento Jurídico. Por tanto, la Constitución como norma suprema debe contener las características fundamentales de la AAPP. La Constitución contiene el estatuto de la AAPP, es decir, contiene:

- elementos fundamentales
- elementos posicionales
- elementos definidores

de la función de las AAPP en el seno del Estado. Así, la AAPP debe ajustarse a dicho estatuto por ser una institución subordinada a la Constitución.

Poderes del Estado

- P. Ejecutivo: ejecuta lo establecido en la legislación
- P. Legislativo: crea normas o leyes
- P. Judicial: controla el cumplimiento de normas

El papel del Estado desde el punto de vista económico es la regulación del mercado, limitado por el marco jurídico. Ppio. De Legalidad (art. 103.1 CE)": El Estado se somete al Derecho.

Además de la Constitución como marco jurídico hay que destacar la existencia de un marco supranacional. Así, el marco jurídico de las AAPP está formado por lo dispuesto en la Constitución Española y los Tratados que rigen la Unión Europea. Hay que señalar que el Dº Comunitario prima sobre el Dº Nacional. Esta supremacía se debe a que la AAPP ha transferido parte de su poder soberano a las instituciones comunitarias existentes.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE)

En el ámbito del Dº Comunitario el TCCE es una norma fundamental. Además pasa a ser una norma fundamental del marco normativo en el que la AAPP española puede y debe desarrollar su función de regulación de la actividad económica.

En el art. 1.1 TCCE se constituye la Comunidad Europea. Es análogo al art. 1.1 de la Constitución Española, en donde se constituye el Estado social y democrático del Dº en el cual se integra España.

El TCCE fue suscrito en Roma años 50 (Tratado de Roma). Ha sufrido distintas modificaciones en los últimos años, variando sustancialmente, como consecuencia del Tratado de Maastrich (años 80) y el Tratado de Amsterdam (años 90).

Contenido del TCCE –versión consolidada aprobada en Amsterdam–

La Constitución Europea se asienta en un modelo económico de mercado abierto y de libre competencia (art. 4.1). El TCCE es más claro que nuestra Constitución a este respecto, en la cual el art. 38 CE se menciona una eª de mercado, pero como resultado de la libertad de empresa. Mientras que en el TCCE la eª de mercado se expresa directamente estableciéndose como fundamental y como modelo sobre el que se asienta la UE.

Esto significa que la política económica de la UE y la política económica de los Estados miembros deben acomodarse y ser conforme con los principios de una eª de mercado abierta y de libre competencia... Los principios son:

- precios estables
- finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas
- balanza de pagos estable

Además de estos, también obedecen a la e^a de mercado: libertad económica, libre competencia,...

Por tanto, los estados miembros pasan a ser un grupo de estados liberales y neoliberales, pero que no deben sacrificar otros objetivos a la e^a de mercado, ya que no es el único objetivo a buscar.

Los objetivos comunes de los Estados miembros vienen definidos en el *art. 2 del TCCE*, los cuales son:

- Promover un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas.
- Marco libre de empleo y protección social
- Igualdad entre hombre y mujer
- Crecimiento sostenible y no inflacionista
- Alto grado de competitividad y convergencia de los resultados económicos
- Alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente
- Elevación del nivel y de la calidad de vida
- Cohesión económica y social
- Solidaridad entre los Estados miembros.

Esto demuestra que la Comunidad Europea no está al servicio de la e^a de mercado, de hecho hay algunos que nos e pueden alcanzar a través del mercado.

Según la T^a de mercado, uno de los fallos del mercado es la externalidad y una de las externalidades más típicas es la contaminación ambiental. En esta t^a se pone de relieve que los gastos de contaminación no están internalizados (es gratuito contaminar) y que está incompleta, ya que no tiene en cuenta el efecto global de la contaminación y el efecto intergeneracional; es decir, el mercado no puede valorar la pérdida de calidad de vida de generaciones futuras. Aunque se internalizasen los costes, es decir, aunque el mercado fuese perfecto, este seguiría siendo refractario a la protección del medio ambiente.

El mercado no puede establecer, ni asumir los costes que podrían suponer las medidas ambientales debido a: la acumulación, incertidumbre sobre la tecnología y sus efectos, ... De ahí que tenga que ser el regulador el que ponga límites y controla la protección del medio ambiente.

La primacía de los objetivos a la e^a de mercado supone un razonamiento en 3 fases:

- Diseñar la política para materializar los objetivos del art. 2
- Analizar la compatibilidad de la política con las e^a de mercado
- Decidir si la materialización de los objetivos es compatible con la e^a de mercado.
- si es compatible, llevar a cabo la política
- si no existe compatibilidad entre los objetivos y principios, primarán los objetivos y políticas diseñadas para hacerlos realidad sobre la e^a de mercado.

De acuerdo con este razonamiento actúa el Tribunal de Justicia de la CE. Ej.: caso de la libre circulación de mercancías y protección del medio ambiente.

Todos los objetivos definidos en el art. 2 de TCCE son objetivos estratégicos o finales. Es decir, son aquellos a los que la Comunidad Europea aspira a realizar como punto de llegada del propio funcionamiento y evolución histórica de la Comunidad. Son objetivos que legitiman la propia existencia de la susodicha.

Por tanto, la Comunidad Europea no existe sólo para ser una agrupación de Estados sino para alcanzar unos objetivos. Los instrumentos a través de los cuales se consiguen alcanzar los objetivos que justifican su existencia son:

- Mercado Común
- Unión Económica Monetaria

Por lo general, los objetivos estratégicos son utópicos, pero lo importante es caminar hacia ellos, utilizándose como un punto de referencia.

El TCCE establece una serie de políticas a desarrollar para alcanzar los objetivos, estas son:

- Acciones económicas
- Acciones sociales
- Acciones intermedias o mixtas
- Acciones internacionales

A) ACCIONES ECONÓMICAS

- prohibición de restricciones aduaneras entre Estados miembros
- política comercial común respecto a terceros países
- mercado interior caracterizado por la supresión de cualquier obstáculo al comercio de personas, mercancías y capitales
- política común en ámbitos de agricultura y pesca
- política de transporte común
- régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior
- aproximación de las legislaciones nacionales para el funcionamiento del Mercado Común
- fomento de la coordinación entre políticas en materia de empleo
- fortalecimiento de la competitividad de la industria de la Comunidad
- fomento de la creación y desarrollo de redes trans-europeas
- medidas en los ámbitos de la energía y turismo

Estos son los ámbitos en los que la Comunidad tiene que desarrollar acciones o políticas económicas.

B) ACCIONES SOCIALES

La siguiente clasificación es arbitraria:

- medidas relativas a la libre circulación de mercancías y personas
- política de ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo
- fortalecimiento de la cohesión económica y social
- fomento del I+D tecnológico
- contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud
- contribución de la enseñanza y desarrollo de las culturas
- contribución del fortalecimiento de la protección de los consumidores
- medidas en el ámbito de la protección civil

Estas acciones junto con las económicas las deben realizar la Comunidad.

C) ACCIONES INTERMEDIAS O MIXTAS

Se caracterizan por su horizontalidad. Es decir, son acciones políticas que por su presencia condicionan a las

acciones anteriores.

- políticas que tienen como objetivo eliminar las desigualdades entre hombre y mujer; y promover su igualdad
- políticas relativas al medio ambiente

• ACCIONES INTERNACIONALES

La Comunidad esta llamada a realizar un papel importante respecto a las relaciones internacionales. De ahí que se desarrollen:

- políticas de asociación con los países y territorio de ultramar
- políticas de fomento de desarrollo.

con el fin de fomentar las relaciones internacionales y el desarrollo socio-económico.

También el Tratado se refiere a políticas que son comunes para los Estados miembros, que posteriormente formarán parte de ser exclusivas de la Comunidad. Es decir, la Comunidad y los estados miembros comparten unos determinados ámbitos, como por ejemplo: política económica y monetaria (art. 4 TCCE).

Esto lo vemos a través de la Política Monetaria, la cual en un futuro pasará a ser política comunitaria sin más; y no una política común entre los estados. Actualmente, la política económica es de responsabilidad de los propios Estados, aunque la política monetaria sea próximamente comunitaria. Por tanto, lo que se está pre-comunicando es el avance hacia una armonía de la política económica en su totalidad.

El marco jurídico nos permite compatibilizar la economía de mercado con otra serie de objetivos de carácter social y la idea de que esos objetivos del art. 2-3 TCCE son objetivos que para su materialización requiere la intervención pública del Estado, es decir, que para que sean reales y efectivos precisan la intervención activa por parte de la AAPP.

No se puede olvidar lo que establece el art. 3 TCCE: los objetivos se podrán realizar a través del mercado, la Unión Política y Monetaria, y además por el poder público.

Así pues, el TCCE se apoya o se basa en un modelo de economía abierta y libre competencia. Pero no entrega al mercado la realización de aquellos objetivos que constituyen los fines de la propia existencia de la Comunidad. LA Comunidad no existe por una mera voluntad de agregación, sino porque consideran que se pueden alcanzar una serie de objetivos. Por tanto, el art. 2, 3, 4 TCCE reconocen un poder político de los Estados para alcanzar dichos objetivos.

Conclusión:

Los tratados (TCCE) reconocen que el modelo económico – abierto y de libre competencia – sobre el que se asientan, no es más que un medio junto a otras políticas para alcanzar los objetivos que justifican la propia existencia de la Comunidad.

El Mdo. Común se basa en el reconocimiento y el ejercicio de libertades comunitarias: libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios. En este plano de libertades vemos como estas son objeto de limitación, como consecuencia de que se admite la existencia de unos objetivos de interés gral., que pueden y deben limitar justificadamente estas libertades comunitarias. Es decir, el mercado debe compatibilizarse con una serie de objetivos y el sector público se encarga de que esos objetivos sean reales y objetivos. Esta idea de integración se aplica tb. a las libertades sobre las que se asienta el mercado.

Las libertades que constituyen la 5ª esencia del Mdo. Común limitan al mismo. Esto queda instalado en: (art. 16 TCCE). "**Los servicios de interés general**". El cual reconoce y garantiza la existencia de dichos servicios y su papel, las funciones que desarrollan en relación con los valores de la Unión y en particular en relación con la promoción de la cohesión social y territorial.

¿Qué entiende el TCCE por los servicios de interés general?

El TCCE se refiere a lo que tradicionalmente se denominan como servicios públicos.

Debido a la integración de la Comunidad surgen dichos servicios de interés económico gral., siendo como una mezcla de las "utilities" (anglosajonas) y el servicio público. Son una serie de actividades de interés público, es decir, un objetivo social definido por las instituciones públicas.

Por tanto, los servicios de interés económico gral. trata de unificar las diferencias culturales que implica un concepto distinto de Estado. Este conflicto de culturas se da en Europa entre la cultura anglosajona (responsabilidad individual) y el resto (responsabilidad colectiva).

Los servicios de interés económico gral. han sido objeto de un intento de definición, por comunicación de la Comisión Europea de Septiembre de 1996.

Las actividades económicas se pueden agrupar en 2 grandes grupos:

- actividades de servicios de interés privado
- actividades de servicios de interés público o general.

Es decir, desde el punto de vista teórico las actividades de servicio (excluyendo producción) pueden estar vinculadas a un interés público o privado.

La consecuencia de esta distinción es que las de interés privado se desarrollan libremente, pero las otras demandan cierto grado de control por ser de interés público.

Según el art. 16 TCCE, los servicios de interés económico general se presentan como un límite a la libre competencia, es decir, vienen a ser una excepción de la libre competencia.

Los servicios no necesariamente suponen un sacrificio del mercado, puede coexistir la satisfacción de dicho servicio y el interés gral. Puede admitirse ciertas restricciones a la competencia pero no sacrifica el interés gral. del mercado. Los servicios pueden desarrollarse dentro del mercado o a partir de las restricciones de la libre competencia. Ej. Servicios en los que está presente el interés gral.: suministro eléctrico, telecomunicaciones... Ese interés está presente porque colectivamente se ha decidido que dicho servicio es vital para la forma de vida actual, la forma de producir,...

Aquí se nos plantea dos opciones:

- Existe un interés gral. pero son actividades que se deben desarrollar en el seno del mercado. Coloca en un plano de igualdad el interés gral. y el desarrollo del mercado (visión liberal)
- El mercado y el interés gral. no se sitúan en un plano de igualdad, sino que prima el interés gral. Es decir, que las actividades económicas satisfagan el interés gral., siendo el mercado una situación "de segundo plano".
- Una opción mixta: Se considera que las actividades deben atender al interés gral. y en la medida que sea factible se desarrollen en el seno del mercado. Aquí se entiende que en un contexto de libre competencia dichas actividades pueden servir de la manera más eficiente al interés gral., que si no se desarrollasen en la libre competencia. A esta ideología se sujetan la mayoría de los países.

La existencia de la 1ª opción surge por intentar compatibilizar la satisfacción del interés gral. sin el sacrificio del mercado. Ej. Suministro de electricidad está totalmente liberalizado, al igual que las telecomunicaciones a final de este año.

Sin embargo, esta opción no es posible en todos los supuestos como: actividades que constituyen un monopolio natural. Ej. Suministro de gas por canalización, transporte y distribución de energía eléctrica y gas,... en estas actividades la satisfacción del interés gral. y la libre competencia son incompatibles, debido a que la existencia de dos tendidos eléctricos, dos canales de gas,... no producen un aumento de satisfacción del interés gral.

En el caso de monopolios naturales nos encontramos ante servicios de interés gral. que no se pueden desarrollar en la libre competencia; pero esto no significa que el que no exista competencia implique que se traten de actividades en las que no pueda reconocerse que se da libre iniciativa empresarial.

Respecto a la 2ª opción, al margen de los servicios no económicos nos interesa referirnos a los servicios comerciales. Ej. La ley gral. de comunicaciones de 1998 dispone que revisten la condición de servicio público las telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil. Por tanto, estas actividades son servicios que están totalmente excluidos del mercado.

Justificado el sacrificio de la libre competencia cada uno de los estados decidirá si el gestor de las actividades, que no pueden ser prestadas en régimen de libre competencia, sea un gestor público o bien privado. En España el gestor de transporte y distribución de electricidad es una empresa privada, mientras que Francia es pública. Esto no es contrario al Dº Comunitario; lo que sí puede ser contrario sería que una actividad que puede satisfacer el interés gral. en libre competencia, se encuentre en un país en libre competencia mientras que en otro país este bajo monopolio.

El TCCE admite la existencia de servicios de interés gral. que suponen una mayor o menor restricción de la libre competencia para satisfacer el interés gral. en la actividad correspondiente.

Sin embargo, los servicios no son las únicas restricciones a la economía de mercado. Porque el TCCE admite la posibilidad de restringir algunas libertades económicas (incluso la libre competencia), como una garantía del interés gral.

El Tribunal de Justicia Europeo considera que el interés gral. de protección del medio ambiente justifica la limitación de libertades económicas– en particular la libre competencia –. Por tanto, el Tribunal de Justicia Europeo ha justificado la restricción de la libre circulación de mercancías y la libre competencia en razón exclusiva a la protección ambiental.

Conclusión:

El marco comunitario europeo está basado en la idea de compatibilizar la economía de mercado con la satisfacción y garantía de intereses de carácter gral. (modelo intermedio). Pero si se produjera un conflicto de intereses entre ambos primará el interés gral. Por tanto, se pretende encontrar la forma de compatibilizarlos. En caso de producirse un conflicto entre la protección ambiental y la libre circulación de mercancías primará la protección ambiental.

El Dº Comunitario nos dice que si es compatible el mercado se debe introducir. En los art. 87, 88, 89 TCCE se contienen el régimen de las ayudas públicas. Aquí nos encontramos con una reafirmación de la ideología del mercado:

Art. 89 -> prohibición de cualquier ayuda pública que suponga una distorsión del mercado en la libre competencia. Sin embargo, determinadas ayudas pueden ser compatibles con el Mdo. Común cuando se

dirigen a salvaguardar los intereses generales.; como ayudas destinadas a favorecer a regiones en las que el nivel de vida sea bajo o porque exista desempleo. Por tanto, ciertos intereses de carácter general. pueden justificar que un Estado otorgue ayudas a favor de empresas y que se distorsionen el mercado para favorecer el interés general.

La Comunidad Europea sigue una lógica de compatibilizar el interés general. y el mercado pero en distintos planos de igualdad. Mientras que en ningún caso se pueden hallar justificaciones que restrinjan el interés general para la satisfacción del mercado.

La Constitución Española asigna una serie de funciones al Estado respecto a la actividad económica. Estas funciones son dos:

- Funciones que le corresponden bajo su condición de poder: es el papel que se trasluce cuando el Estado desarrolla la actividad de regulación de la actividad económica.
- Funciones que le corresponde como agente del mercado: son las que el Estado puede desarrollar desde que el art. 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Por tanto, el Estado puede desarrollar la actividad económica dentro del mercado como si de cualquier otro agente se tratase (no hay restricción). Cuando actúa como agente no es posible que distorsione la libre competencia, es decir, no es posible actuar en contra de los principios de la economía de mercado.

Ej. TVE1: competencia desleal respecto a la doble financiación – denunciado por la tv privada. Debido a que se distorsiona la libre competencia.

No es posible admitir ningún tipo de privilegio de lo público respecto a lo privado, al igual que no lo es al contrario → Ppio. De Subsidiaridad: no es posible hablar de una iniciativa pública subsidiaria respecto de la privada.

La iniciativa pública no ha seguido esos principios y lo que se ha producido es un desprestigio de dicha iniciativa pública. Además, como consecuencia de la privatización actualmente la iniciativa pública se va reduciendo. Sin embargo, el papel de Estado como poder está creciendo. A medida que el Estado deja de ser empresa ese mismo Estado pasa a poseer cada vez más poder. Porque antes el Estado no podía controlar la actividad por ser el propietario; pero ahora para controlarla debe hacer uso del poder garantizando un interés general. Ej. Antes el Estado controlaba el suministro eléctrico como empresario, ahora lo realiza como regulador.

La Constitución respecto al Estado–Poder en la actividad económica no dice nada respecto de cuando debe actuar, el contenido de actuación,... ni lo que hay que hacer. Es decir, dice que el Estado cuenta con poderes para regular la actividad económica y fija los objetivos que el Estado debe perseguir en el desarrollo de sus poderes dentro de la regulación – esos objetivos son los propios de la cláusula de Estado Social que caracteriza nuestra Constitución, son los principios rectores de la política social económica, es decir, los expuestos en el Capítulo III, Título I de la Constitución –.

Una teoría contraria es la de Coase, el cual sostiene que se puede arreglar los fallos del mercado sin acudir a la regulación. Coase es antiestatalista.

Se debe buscar la compatibilidad de los principios del mercado y los objetivos de TCCE en la medida de lo posible.

El Tratado establece la horizontalidad de la protección del medio ambiente, estando este presente en cualquier política a desarrollar (art. 6 TCCE)

Cada estado de unión tiene distinto concepto respecto al papel que debe desarrollar el Estado. Ej. Los franceses han desarrollado dicho concepto alrededor del sector público.

Intenta explicar lo que se debe entender por los servicios de interés gral. dentro de la Comunidad Europea.

"A menor empresa pública, mayor poder regulador"