

La productividad en la Constitución Española

«El impulso fundamental que pone y mantiene en movimiento a la máquina capitalista procede de los nuevos bienes de consumo, de los nuevos métodos de producción y transporte, de los nuevos mercados, y de las nuevas formas de organización industrial que crea la empresa.»¹

«El incremento de la productividad de un país es el único camino que conduce a un mayor nivel de vida de la población en el largo plazo»²

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.—2.1. El concepto de constitución económica.—2.2. La Constitución española de 1978 y su modelo económico.—2.3. El contenido de la constitución económica.—2.4. Elementos centrales de la constitución económica.—III. LA PRODUCTIVIDAD EN LA CONSTITUCIÓN: EL ARTÍCULO 38.—3.1. La libertad de empresa.—3.2. Las limitaciones de la libertad de empresa en nuestro régimen constitucional.—3.3. El concepto de productividad contenido en el artículo 38 de la Constitución.—3.4. Su ubicación en la Sección 2.^a del Capítulo II y sus garantías.—3.5. El significado de la inclusión en el artículo 38 de la productividad.—3.6. La alusión a la productividad, ¿auténtico derecho fundamental o principio rector de la política social y económica?—3.7. La virtualidad jurídica del derecho a la productividad contenido en el artículo 38.—3.8. La defensa de la productividad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

Alcanzar unos niveles adecuados de productividad en las economías de los Estados es una constante preocupación para todos los Gobiernos actualmente. Nuestra Consti-

* Letrado de las Cortes Generales. Cuerpo superior de Administradores Civiles del Estado. Senado.

¹ SCHUMPETER, JOSEPH. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Biblioteca de economía. Orbis. Buenos Aires, 1983.

² KRUGMAN, PAUL. *The age of diminished expectations*. The MIT press, Cambridge, Massachusetts, 1992.

tución, de forma anticipada, ya incluyó la defensa de la productividad, como una parte esencial del derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38. No obstante, esta referencia y las consecuencias que de ella se derivan, han merecido muy poca atención por la doctrina de nuestro país. Este trabajo sitúa el mandato a los poderes públicos de defensa de la productividad en el contexto de la constitución económica, así como intenta definir una aproximación jurídica a su concepto. También se analiza su virtualidad jurídica y las garantías que lo protegen. Así mismo, propone una serie de medidas para que los poderes públicos salvaguarden su plena vigencia como parte de la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Productividad; constitución económica; libertad de empresa; competitividad; derechos fundamentales.

I. INTRODUCCIÓN

La palabra productividad es con toda probabilidad una de las más utilizadas en el ámbito de lo económico. No obstante, la referencia a la productividad ha saltado los estrictos límites de la economía para convertirse en un lugar común en todos los discursos políticos, así como en los medios de comunicación. En los últimos años es frecuente la presentación de informes, estudios o análisis sobre esta materia, elaborados desde instituciones académicas o Administraciones Públicas. Esta preocupación por la productividad de las economías se extiende tanto a su impulso en el ámbito de las empresas, mejorando en lo posible sus procesos productivos, como a la productividad de las economías de los Estados en su conjunto, entendida como un factor clave que asegure la competitividad en un entorno globalizado.

Este concepto, el de competitividad de las economías nacionales, se estudia ahora como un conglomerado de variables de todo tipo, y no sólo económicas, que contribuyen a que las economías nacionales de los Estados alcancen resultados económicos positivos. Estos factores de éxito coadyuvan a incrementar el nivel de renta, de desarrollo y, por tanto, de progreso y bienestar para los ciudadanos. No se trata sólo de los habituales parámetros que se han tenido en cuenta siempre a la hora de estudiar la estructura económica de un país, sino también de otros nuevos, que, aunque no forman parte propiamente de lo económico, deben ser tenidos en cuenta a la hora de explicar el éxito o fracaso de las políticas económicas. Es decir, que la competitividad ya no es sólo una cuestión de mercados y empresas, sino también de entornos institucionales y normativos adecuados. La prosperidad nacional se crea, no se hereda³.

³ PORTER, MICHAEL. *The competitive advantage of nations*. Harvard Business Review. Boston. Marzo-abril, 1990.

Así, la productividad, se convierte siempre en palabra talismán, en centro de atención cuando su comportamiento no es el esperado, es decir, cuando no aumenta adecuadamente, pasando a ser tema central de la agenda económica de cualquier gobierno. Pasada la época en la cual el crecimiento económico permitía crear Estados del Bienestar basados en visiones keynesianas de la economía, los años 70 trajeron consigo la crisis del modelo, y de la mano, una nueva preocupación por la productividad de las economías y de las empresas. Con todo, esa preocupación por el crecimiento de la productividad no se sustanció en Europa definitivamente hasta bien entrados los años 90 del pasado siglo, debido, no tanto a una quiebra del llamado modelo económico europeo, sino por comparación con el extraordinario comportamiento de los indicadores de productividad de la economía de los Estados Unidos. La relación directa entre crecimiento económico y aumento de la productividad ha sido establecida ya de forma reitera y avalada por datos empíricos. Se puede decir que la buena marcha de la productividad de un país tiene una serie de consecuencias beneficiosas que se propagan en todas direcciones⁴.

Por otra parte, como ya se señaló antes, el uso del término productividad ha saltado la barrera de lo científico para asentarse definitivamente en el ámbito socio-político, gracias en gran medida a la eficaz acción publicitaria de los medios de comunicación. Esto tiene como consecuencia que se hable de ella en relación con otros aspectos de la vida social ajenos en principio al ámbito puramente económico, tales como el modelo de social, el mercado de trabajo, las relaciones laborales, la seguridad pública, la claridad de las instituciones, la estabilidad del marco político de referencia, o los límites exactos del Estado del Bienestar. Estos efectos beneficiosos de las mejoras de la productividad de las economías nacionales se pueden agrupar en:

- Efectos beneficiosos para los consumidores: Precios más bajos de los bienes y servicios; Mayor calidad de los bienes y servicios; Mayor cantidad de los bienes y servicios.
- Efectos beneficiosos para las empresas: Mejor posición competitiva; Mayores utilidades; Posibilidades de mayor inversión.
- Efectos beneficiosos para los trabajadores: Incremento de los salarios; Mejora de las condiciones de trabajo; Estabilidad laboral; Desarrollo de habilidades; Sentido de bienestar.
- Efectos beneficiosos sobre el gobierno: Aumento de la provisión de servicios sociales; Aumento de la calidad de los servicios sociales; Mayor eficiencia de los programas públicos.
- Efectos beneficiosos sobre el país: Reducción de los efectos de la inflación; Aumento del nivel de vida de la población; Creación de más oportunidades de trabajo; Eliminación de conflictos sociales.

⁴ MAROTO, ANDRÉS y CUADRADO, JUAN. *La productividad en la economía española*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2006, p. 37.

El concepto de productividad no tiene un significado único, como es fácilmente apreciable si se analiza someramente las múltiples referencias que se encuentran en las obras científicas y en los propios medios de comunicación. Se puede hacer referencia a ella desde un punto de vista microeconómico, para una empresa en concreto, pero también para hacer referencia a la economía de un país entero. La productividad de un Estado no es un indicador simple, sino que depende de un gran número de factores. La productividad en su descripción más simple, sería la cantidad de bienes y servicios que produce un trabajador como tal o como hora trabajada. Pero lo que debe tenerse en cuenta es que ese resultado es el producto de la conjugación de una serie de factores que dotan de complejidad al indicador⁵. En concreto, los factores que influyen en ese resultado son:

- El capital físico, compuesto por inversiones.
- El capital humano que está muy relacionado como la práctica demuestra con el nivel de formación, educación y la experiencia.
- Los recursos naturales a disposición del sistema productivo.
- La tecnología que es el factor clave para lograr mejores rendimientos.

Puede ser analizada poniendo en relación un solo factor de producción con el producto obtenido, o bien ser medida de modo multifactor, relacionando el producto con un conjunto de factores. La productividad basada en un único factor se define como el cociente entre el output, o producto final, y alguno de los insumos más básicos que participan en el proceso de producción. Así por ejemplo, una medida de productividad muy común sería la relación entre lo producido y el número de trabajadores que han participado en la obtención de ese producto, o lo producido por hora trabajada. No obstante, en muchas ocasiones, este tipo de medida de la productividad, teniendo en cuenta un solo factor de producción, es demasiado simple para conocer la realidad. Al desconocer más factores de producción simplifica en exceso. Por ello, la medida de la productividad más utilizada especialmente desde el punto de vista macroeconómico, es la Productividad Total de los Factores, que pretende medir la productividad teniendo en cuenta todos los factores de producción combinadamente. Así se obtiene una visión completa y no parcial. Por ello, es la medida de la productividad que más se usa, ya que permite diferenciar las contribuciones directas al crecimiento de los factores trabajo, capital y tecnología.

Las cuestiones relacionadas con la productividad, han sido poco tratadas desde el punto de vista de la regulación jurídica y, en general, del derecho. El objeto de este trabajo es precisamente éste: analizar el tratamiento constitucional que en nuestro país se ha dado a una cuestión tan esencial para nuestra economía como ésta, teniendo en cuenta que se trata, como

⁵ MAROTO, ANDRÉS y CUADRADO, JUAN. *La productividad en la economía española*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2006, p. 37.

luego se verá, de uno de los principales problemas que actualmente tiene la economía española. Así lo han puesto de manifiesto diversas instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) en sus últimos informes. Así, en el período comprendido entre 1996 y 2007, la productividad española por trabajador experimentó muy escasos aumentos o incluso ha experimentado retrocesos algunos años, mientras que en el mismo período, la de los trabajadores norteamericanos ha crecido un 2,23 por ciento anual y la de la Unión Europea ha crecido un 1,46 por ciento.

Si bien en el caso español, la tendencia a la baja de la productividad total de los factores (PTF), ha cambiado con la irrupción de la crisis, se puede decir que ni en la fase expansiva del ciclo, ni en la recesiva, ha tenido un comportamiento satisfactorio. En los años de expansión, porque los fuertes ritmos de crecimiento de la actividad y el empleo fueron acompañados por muy lentos avances de productividad; y en los de crisis, porque su recuperación ha tenido como origen la intensísima destrucción de empleo⁶. Es decir, que se ha ganado productividad por una vía no deseada.

La productividad constituye una cuestión ampliamente abordada desde el punto de vista de las ciencias económicas, como se ha subrayado. No obstante, a pesar de que el constituyente, ya en 1978, de forma totalmente premonitrice, incluyó en el artículo 38 de nuestra Carta Magna una referencia a la obligación de los poderes públicos de salvaguardar la productividad de nuestra economía, no se han prodigado desde el Derecho constitucional, ni desde el Derecho administrativo, estudios o aproximaciones a este concepto que se inscribe de lleno en lo que se ha denominado Constitución económica. Desde el momento en que este concepto es recogido en la Carta Magna, se convierte en una realidad jurídica.

Si además, como es nuestro caso, lo que se explicita en el texto constitucional es un mandato a los poderes públicos para que defiendan la productividad en el marco más amplio de derecho a la libertad de empresa, tal y como hace el artículo 38, lo que existe es una obligación por parte de los poderes públicos de llevar acabo este mandato. Estos actuarán por ello en la única dirección posible, es decir, la marcada por el artículo 9.1 de la Carta Magna, que recoge la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Los poderes públicos en un Estado de Derecho como el nuestro, están sometidos al imperio de la ley. Por tanto, será la ley la que marque el objeto, los fines y los medios que los poderes públicos utilizarán para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionalmente impuestas.

Por ello, nos parece especialmente oportuno analizar esa protección y fomento de la productividad de la economía española desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Los poderes públicos deben dar cumplimiento al artículo 38 de la Constitución, y también, dar cumplimiento a

⁶ PÉREZ GARCÍA, FRANCISCO (Dir.). *Crecimiento y competitividad. Trayectorias y perspectivas de la economía española*. Fundación BBVA. Madrid, 2011.

los compromisos contraídos por nuestra pertenencia a la Unión Europea y al Euro, que influyen absolutamente en las decisiones macroeconómicas de los Gobiernos de los Estados miembros y en las normas jurídicas que aprueban sus Parlamentos. El futuro de las naciones se juega ahora en un tablero mundial en el cual ya no sólo compiten las empresas sino los Estados. El reto de la competitividad y de la productividad se decidirá en función de muchos parámetros, algunos de ellos no sólo económicos. La competitividad de las economías nacionales también tiene que ver con cuestiones tales como las instituciones de un Estado, su mercado de trabajo, su sistema educativo o los mecanismos de protección de los derechos. De esta forma, las distintas políticas públicas que elaboran y aplican los Gobiernos serían las partes de un todo interrelacionado, cuyo fin último sería preparar a los Estados para esa competición global. No es más que una nueva visión de los medios y los mecanismos, ya que su fin sigue siendo el mismo desde la aparición de los Estados demo-liberales: asegurar los derechos de sus ciudadanos y, en consecuencia, perseguir también el bienestar económico que haga posible la realización y desarrollo pleno de esos derechos.

II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

2.1. El concepto de constitución económica

La preocupación de los ciudadanos relativa a que la Constitución les garantice sus derechos y libertades económicas, a la que se suma un natural interés por aprovechar la naturaleza formal de super-ley para dotar de cierta estabilidad a las paredes maestras del sistema económico, son tan antiguas como el propio constitucionalismo⁷. Toda Constitución política tiene en su seno una Constitución económica subyacente.

Siguiendo un criterio comúnmente aceptado, se entiende por Constitución económica o modelo económico de la Constitución, el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país⁸. Entre nosotros, Alzaga, sintetizando la doctrina alemana al respecto, junto con algunas STC, y lo establecido en el preámbulo de la Constitución de 1978, define la Constitución económica como *«un marco jurídico lo suficientemente abierto como para que desde él se puedan practicar diversas políticas económicas de gobierno, un submarco jurídico-formal preciso de los derechos y las libertades que en el terreno económico se reconocen a los ciudadanos, así como unos principios básicos del orden económico que deben aplicarse de forma unitaria en todo el ámbito del Estado y que tienden a garantizar un orden económico y social justo y a promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calida de vida»*. En definitiva, un concepto amplio y común-

⁷ ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR. *Derecho político español II*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2005, p. 165.

⁸ ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico*. Comares, Granada, 2004, p. 123.

mente aceptado de Constitución económica podría ser el definido por el magistrado Díez Picazo en su voto particular a la STC 37/1981, «*es el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o dicho de otro modo para el orden del proceso económico*». Es decir, el marco en el que las empresas y los individuos deben desarrollar su libre iniciativa en el orden económico.

La denominación fue acuñada por un autor alemán, Beckerath, en 1932, designando así una serie de preceptos de las constituciones posteriores a 1917, en los cuales se tratan cuestiones económicas que tienen que ver con la intervención del Estado en la economía para posibilitarla, orientarla y limitarla⁹. No obstante, no parece que se pueda afirmar como hacen algunos autores¹⁰ que el concepto nazca tras 1917, como categoría destinada a la defensa del modelo económico capitalista basado en la propiedad privada.

Es cierto que no siempre las Constituciones han recogido esa consagración formal del modelo o sistema económico. Es más, la mayoría de las Constituciones, especialmente las más antiguas, nunca incluyeron explícitamente referencias al modelo económico. Así, salvo el reconocimiento de derecho a la propiedad y algunos preceptos más, no existía como tal una intención del Constituyente de definir de forma expresa ese orden económico constitucional. Pero no significa que ese silencio equivaliese a una completa indeterminación, sino que haciendo una interpretación integrada de los derechos y libertades individuales, se puede inducir el sistema económico establecido para esas sociedades en ese momento histórico concreto. Un buen ejemplo de ello es la vigente Constitución de los Estados Unidos de América. En ella no se contiene una definición del modelo económico del país, pero este se deduce por la interpretación conjunta de sus preceptos. Así, como ya puso de manifiesto «*El Federalista*» de Hamilton, Madison y Jay, la Constitución de 1787 fue muy sensible a los derechos y libertades económicos, tal y como se desprende de los debates constituyentes. Fue Beard en 1913 en su obra «*Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*», el que inauguró una línea de análisis económico de los textos constitucionales.

No obstante, es la doctrina alemana la que avanza en la construcción del concepto de constitución económica, ya que, al contrario de lo que sucedía en el constitucionalismo liberal del siglo XIX, regido por las teorías liberales de Adam Smith, las Constituciones europeas posteriores a la I Guerra Mundial, han considerado necesario incluir en la Norma Suprema los principios fundamentales que rigen el orden económico y social, por considerarse una materia fundamental para la sociedad. Así, la constitución económica fue un tema de discusión científica en los años de la república de Weimar. Su influencia definitiva la obtuvo cuando fue usado por la escuela de Freiburg como único modelo de orden económico compatible

⁹ HERRERO R. DE MIÑÓN, MIGUEL. *Diez años de régimen constitucional*. Tecnos, Madrid, 1989, p. 23.

¹⁰ PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 192.

el Estado democrático¹¹. Este concepto pues, supone un esfuerzo de la economía política por comprender la unidad de los elementos económicos creados por el capitalismo¹².

La principal aportación a la formación de este concepto se produce, no obstante, tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, y la labor del Tribunal Constitucional Federal Alemán, especialmente tras la sentencia de 1 de julio de 1954, la cual afirma que la Constitución es neutral en materia de política económica¹³. Es la consecuencia de la búsqueda de un modelo de consenso tras la II Guerra Mundial que pudiese ser asumido por todas las fuerzas políticas alemanas en aquel momento¹⁴, un elemento que también tendrá una importancia capital para entender la configuración del modelo económico constitucionalmente consagrado la Constitución española de 1978.

Tras 200 años de constitucionalismo, los modelos económicos que se han ido recogiendo en las distintas constituciones que se han promulgado son tres: el liberal, el socialista, y el de economía social de mercado. A grandes rasgos, el modelo liberal tiene como elemento central al mercado como institución básica configuradora de la economía. Un mercado basado en la libre concurrencia de oferta y demanda, y presidido por la libertad del individuo para poder elegir. Un individuo que es capaz de reconocer lo que es mejor para él y actuar en consecuencia (*homo economicus*)¹⁵. A este valor central se une el otro elemento esencial de este sistema que es el derecho a la propiedad, en un principio «*inviolable y sagrado*» según el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 28 de agosto de 1789. Este también se concibe como límite a la autoridad del monarca, como en el artículo 172 de nuestra Constitución de 1812, «*No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni Corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella (...)*». Sobre la base de estos dos pilares se articulan una serie de principios como la libertad de empresa, la libertad de precios, la existencia de libre competencia no falseada, o la libre decisión empresarial.

El otro modelo, hoy ya casi extinguido, es el socialista o de economía centralizada en el cual es el Estado el que debe llevar el peso de la toma decisiones a todos los niveles, y el individuo es el mero objeto de la política económica estatal. Supone una economía planificada, en la que no hay libertad de precios y en la cual la propiedad de los medios de producción es pública o colectiva si se quiere. Un tercer modelo sería la economía social de mercado que es una fórmula intermedia entre los dos modelos anterior-

¹¹ MAESTRO BUELGA, GONZALO. *Constitución económica e integración europea*. Revista de Derecho Político, núm. 54. UNED. Madrid, 2002, p. 35.

¹² EHMKE, HORST. *Economía y Constitución*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 5, enero-junio 2006. Universidad de Granada, p. 333.

¹³ ALZAGA VILLAAAMIL, OSCAR. *Derecho político español II*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2005, p. 167.

¹⁴ STEIN, EKKEHART. *Derecho Político*. Aguilar. Madrid. 1973, p. 187.

¹⁵ STOBER, ROLF. *Derecho Administrativo económico*. MAP, Madrid, 1992, p. 50.

res. El principio que la preside es asegurar el máximo de libertad posible pero con el límite de las exigencias que impone la justicia social, lo cual supone una fuerte protección de los trabajadores.

2.2. La Constitución española de 1978 y su modelo económico

La determinación del modelo económico contenido en la Constitución fue una de las cuestiones más debatidas en el momento constituyente por las distintas fuerzas políticas en aras a lograr el consabido consenso, motor esencial de la Constitución vigente. Y es que las posiciones en aquel momento eran muy contrapuestas, como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta que la confrontación política venía marcada por la victoria de uno u otro modelo económico que, como hemos visto, eran contrapuestos entre sí. Analizada la cuestión con la perspectiva que proporciona el paso del tiempo, llama la atención que cuestiones hoy fuera de toda duda, suscitaban polémicas e interpretaciones diversas y dispares, producto de la fuerte confrontación de bloques ideológicos antagónicos. Vistas desde el momento presente, las disposiciones constitucionales sobre el orden económico cobran, en ocasiones, un sentido diverso del que se les atribuyó en las primeras interpretaciones. Estas, en ocasiones, buscaban más defender la vigencia de un determinado modelo ideológico de organización económica, que atender a los argumentos estrictamente jurídicos.

En este, forzosamente breve, análisis de la Constitución económica española hemos de partir de lo que el Tribunal Constitucional, ha ido definiendo sobre esta materia. Así, la STC 1/1982 define la Constitución económica como el conjunto *«de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica»*. Como no podía ser de otra forma por tanto, nuestro Tribunal Constitucional reconoce la existencia de ese modelo económico de forma explícita en la Constitución como ocurre en el resto de las modernas constituciones que recogen en la mayoría de los casos una serie de principios, criterios y valores que presiden el orden económico y social¹⁶.

Partiendo de esta base, que es comúnmente aceptada como definición teórica de lo que este concepto abarca, las interpretaciones sobre los concretos extremos de lo que el orden económico constitucional supone, ya no son tan unánimes. Se puede decir que el texto constitucional en esta materia, como en tantas otras, es ambiguo en algunos extremos, fruto sin duda de los esfuerzos de acercamiento de posiciones que fue necesario realizar en el momento constituyente. Así, es evidente que se consagra un modelo de economía de mercado en el artículo 38, el cual, en realidad se puede definir como de *«economía social de mercado»*¹⁷.

¹⁶ ARIÑO ORTIZ, G. op. cit., 1995, p. 27.

¹⁷ ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR. op. cit. 2005, p. 168.

Esta opción constitucional viene apoyada por los siguientes hechos:

- El Derecho a la Propiedad y a la herencia reconocido en el artículo 33.1, es el eje principal sobre el que pivota toda la actividad económica. Se contraponen a la función social de la propiedad y la subordinación total de la riqueza al interés general de los artículos 33 y 128.1.
- La libertad de emprender y la libre elección de profesión y de oficio de los artículos 35.1 y 38, se contraponen a la iniciativa pública y a las reservas al sector público del artículo 128.2.
- La economía de mercado y la defensa de la competencia del artículo 38, se contraponen a la planificación de la actividad económica general de artículo 130.
- El derecho del empresario a dirigir y gestionar con autonomía su empresa del artículo 38, se contraponen a la subordinación de la actividad empresarial privada a las exigencias de la economía general, y a la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general de los artículos 38 y 128.1.
- El derecho a la negociación colectiva y a la defensa de la productividad de los artículos 37 y 38, se contraponen al derecho a la huelga de artículo 37.2.

Por todo ello, de la interpretación literal de los artículos de la Constitución que integran lo que se ha llamado Constitución económica, se deduce que no es admisible una configuración del orden económico propia de una economía planificada centralizada basada en la propiedad colectiva de los medios de producción. Tampoco un orden económico liberal clásico. Se apunta más bien en la dirección de una economía social de mercado. Nuestra Constitución contenía, en su redacción, un modelo laxo de constitucionalismo económico sustancialmente inspirado en la lectura de la economía social de mercado aportada por la escuela social cristiana alemana. En esa flexibilidad radica también su fortaleza, ya que un cambio de mentalidad en las políticas económicas, como el que se ha producido desde la aprobación de la Constitución, no ha supuesto una necesidad de reformarla, si no que ha encontrado acomodo en el texto de nuestra Carta Magna¹⁸. Una aproximación teórica a lo que supone el concepto economía social de mercado, acertada, la aporta Alzaga, que la define como un orden económico en el cual se aspira a que el hombre ocupe el puesto central, y en el que el derecho subjetivo a la propiedad privada sea a la vez soporte directo de la libertad del hombre, y fundamento de un progreso económico social, que a la par proteja la dignidad de la persona, que no pierda de vista valores de la solidaridad, el bien común y del principio de subsidiariedad. Lo cual

¹⁸ BASSOL COMA, MARTÍN. *La Constitución económica*. Revista de Derecho Político, núm. 36. UNED. Madrid, 1992, p. 280.

supone que las iniciativas económicas que puedan abordar los particulares no deben ser acometidas por los poderes públicos.

Ahora bien, también hay posibles interpretaciones sobre lo que esto significa. Para unos la economía social de mercado es una economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado de forma residual para cubrir ciertos mandatos constitucionales tales como asegurar la prócura existencial de todos los ciudadanos. Para otros, se trata de una economía mixta en la que se combinan de forma indiferente actuaciones privadas y públicas. En este sentido opinamos que en las circunstancias actuales, y más teniendo en cuenta el marco comunitario en el cual debe entenderse la acción del Estado hoy, no tiene ningún sentido sostener esas visiones que afirmaban que la ambigüedad de los términos centrales del orden económico constitucional, desemboca en un modelo de economía mixta que admite la mezcla de elementos de ambos modelos.

Siguiendo una interpretación coherente con la prelación que se puede establecer entre los principios constitucionales antes citados, y en teoría contrapuestos, se llega a una conclusión bien distinta. No todos los preceptos constitucionales tienen el mismo valor. Algunos son principios básicos de la configuración del Estado y otros son secundarios. Por tanto, algunos tienen una primacía interpretativa sobre otros. Si se hace esta interpretación, es fácil integrar y sacar la conclusión de que los preceptos centrales a la hora de configurar el orden económico por el constituyente corresponden, sin lugar a dudas, a una economía de mercado de corte liberal o capitalista. Ahora bien, también es cierto que los otros preceptos que configuran la constitución económica, y que corresponden o tienen rasgos de pertenecer a una economía mixta, son elementos accesorios o complementarios. Necesarios pero accesorios, porque son elementos correctores de una centralidad que es la economía de mercado. Por tanto, son elementos correctores anejos al sistema liberal, entronizado sin sombra de dudas por el Constituyente. Es decir, que el poder político goza de una gran libertad para configurar el modelo económico pero sin que esta sea absoluta. Hay unos límites constituidos por unos derechos fundamentales de contenido económico que no pueden ser desconocidos ni transgredidos, y que además, cuando resultan afectados, su regulación debe tener rango de ley. Ahora bien, el margen de actuación del Parlamento en esta materia debe reconocerse como muy amplio, con lo cual, las posibles configuraciones de políticas económicas diversas son constitucionalmente posibles. Otra cuestión es si en las actuales coordenadas históricas, políticas y económicas es políticamente posible.

A esta interpretación jurídica se une la fuerza de los hechos. Los conceptos que hoy se tienen como centrales para la buena marcha de las economías nacionales son los de privatización, liberalización y eficiencia; conceptos contrapuestos al modelo económico centralizado. Y sobre todo, es el modelo liberal el escogido por las Instituciones Europeas desde su creación. Existe un modelo europeo contenido en los Tratados constitutivos de las

Comunidades Europeas y en el derecho derivado, que ha desembocado en la creación de un Mercado Único. Ese modelo tiene como base la libre circulación de capitales, bienes, servicios, trabajadores y empresas; la libertad de establecimiento la prohibición de ayudas a empresas públicas, la prohibición del falseamiento de la libre competencia o de los monopolios comerciales. Por ello, este modelo europeo ya ha tenido una recepción en la interpretación de la Constitución realizada por el Tribunal Constitucional, y por los demás aplicadores del derecho. En definitiva, la economía en el ordenamiento jurídico europeo actúa como fuente de irradiación desde la que se construye el conjunto del sistema jurídico. La constitución económica europea actúa como verdadera constitución material de la Unión Europea¹⁹.

El derecho comunitario restringe así las potestades públicas económicas en pos de un modelo económico neoliberal que evidentemente tiene cabida en la Constitución, pero que también, en consecuencia, limita el ámbito de decisión política soberana a unos esquemas y unos parámetros que no son precisamente los propios de una economía intervencionista sino todo lo contrario. Por ello, se ha llegado a decir que la asunción de competencias por parte de la Unión Europea para la definición de la política económica común supone que se entrega a las instituciones europeas «la definición de contenido económico de la Constitución»²⁰.

2.3. El contenido de la constitución económica

Las reglas constitucionales básicas en materia económica pueden agruparse en tres apartados fundamentales²¹. El primero estaría formado por los elementos esenciales del sistema económico, que en la Constitución vigente son, el primero y principal, la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. A este respecto, la expresión «en el marco de una economía de mercado» no es propiamente un concepto técnico-jurídico, sino que remite a consideraciones económicas, de sociología económica o de ideología político-económica con un claro propósito de condicionar e influir en el modelo global de sistema económico²². Es, una vez más, el resultado de introducir conceptos e instituciones propias de la economía política en un marco jurídico²³. Además, estaría constituido por los interlocutores económicos y las relaciones que se establecen entre ellos. Los interlocutores básicos son los empresarios, los sindicatos y los consumidores.

¹⁹ MAESTRO BUELGA, GONZALO. *Constitución económica e integración europea*. Revista de Derecho Político, núm. 54. UNED. Madrid, 2002, p. 96.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Civitas. Madrid, 1993.

²¹ CASAS PARDO, JOSÉ. *Diez años de régimen constitucional*. Tecnos, Madrid, 1989, p. 30.

²² BASSOL COMA, MARTÍN. *La Constitución económica*. Revista de Derecho Político, núm. 36. UNED. Madrid, 1992, p. 283.

²³ EHMKE, HORST. *Economía y Constitución*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 5, enero-junio 2006. Universidad de Granada, p. 333.

El sistema económico funcionará básicamente con estos interlocutores en el marco de las reglas de coexistencia entre los sectores privado y público. Estas reglas están constituidas por unos elementos básicos que son: derecho a la propiedad y a la herencia, libertad para trabajar, y el interés público o general de la economía.

El segundo bloque de normas que forman la Constitución económica, son reglas de coordinación y limitaciones de la actividad económica. La economía libre de mercado encuentra el límite de la posible planificación, que se contiene en el artículo 128.2. Todo ello con el límite supremo del interés general, al cual, se subordinan todos los bienes del país y toda la actividad económica. Ese interés no es definido en ningún momento por la Constitución, por tanto, se deja al ámbito de lo político la concreta formulación de lo que ese interés supone en cada momento.

El tercer, y último, bloque de normas contenidas en la Constitución económica estaría formado por un serie de reglas de comportamiento de los poderes públicos. Lo cual se concreta en una serie de fines u objetivos tales como el fomento del progreso económico, la redistribución de la renta, la estabilidad económica, la utilización racional de los recursos, o como en el caso que nos ocupa, la defensa de la productividad.

Por otra parte, el contenido exacto de lo que se entiende por Constitución económica hay que encontrarlo en una serie de artículos que se encuentran dispersos en nuestra Carta Magna. En concreto, la doctrina²⁴ entiende que los artículos que forman parte de la Constitución económica formal son los siguientes:

- El artículo 33 que consagra el derecho a la propiedad.
- El artículo 38 que consagra la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.
- Todo el Título VII «Economía y Hacienda», que comprende los artículos 128 a 136.

Pero también deben entenderse como parte de la ordenación constitucional de la economía:

- Los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo Tercero, del Título I, que comprende los artículos 39 a 52.
- El artículo 31, que contiene los principios de justicia tributaria y de reparto equitativo del gasto público.
- El artículo 37, que regula el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva.

²⁴ ZORZONA PÉREZ, JUAN. «Economía y Hacienda, entre las determinaciones constitucionales y la realidad de los mercados», *Cuadernos de Derecho Público*. INAP, 2005.

Por ello, el sentido auténtico que suponen las disposiciones de la Constitución económica debe reconstruirse a través de las conexiones existentes entre lo dispuesto en el Título VII, los derechos y deberes fundamentales del Capítulo Segundo del Título I, y los principios rectores de la política social y económica del Capítulo Tercero, del Título I.

2.4. Elementos centrales de la constitución económica

Así, de la lectura conjunta de todos estos artículos, se deduce la existencia de una serie de instituciones de la economía general que vienen conformadas en el modelo constitucional²⁵ y que son centrales en la estructura de la Constitución económica. Estas instituciones son: el mercado, el sector público y la política económica.

El primero de ellos es el mercado. Es la institución central en torno al cual gira toda la actividad económica y que ejerce el papel de asignador de recursos. Es el lugar donde confluyen oferta y demanda a cambio de un precio. Presupone la libertad de empresa, es decir, el libre acceso, permanencia y abandono del mercado, eso sí, complementada por la posibilidad de iniciativa pública en la actividad económica. Además, supone la igualdad de los actores en el mercado, es decir la libre concurrencia o competencia, en el marco del principio de Unidad de mercado, pieza esencial a la hora de configurar el mercado interior en el seno de la Unión Europea. No obstante, nadie sostiene la libertad ubérrima del mercado para autonormarse ni su existencia con vida independiente a un orden social y jurídico. Ni los más ultraliberales sostienen la existencia única del mercado como ente todopoderoso o realidad total. El mercado tiene límites. Y esos límites los marca el Estado mediante leyes y normas que al mismo tiempo son la garantía de su propia existencia y buen funcionamiento. Por tanto, son los poderes públicos, al mismo tiempo, límite y garantía del mercado. La razón viene dada por la necesidad de asegurar otros valores constitucionales como la protección de los consumidores y usuarios, o proteger al propio mercado como ocurre con el derecho de defensa de la competencia. Es decir, que el Estado debe intervenir además en la economía constantemente utilizando su poder de regulación, además de sus capacidades de fomento como las subvenciones, las ayudas o las exenciones fiscales. Por tanto, el mercado es una institución constitucionalmente garantizada y sometida a la constante actuación del poder público, ya que su correcto funcionamiento supone la existencia de un auténtico interés general.

El segundo elemento es el Sector Público. Como se ha dicho antes economía de mercado y sector público conviven en la configuración constitucional del orden económico. A ello se refiere expresamente el artículo

²⁵ PAREJO ALFONSO, LUCIANO. «Reflexiones sobre la economía y la Administración pública en la Constitución», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25. INAP. Madrid, 2005.

128.2 de la Constitución cuando recoge la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolio, y cuando se refiere a la intervención de empresas en defensa del interés general. En definitiva, lo que la Constitución consagra ha sido definido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10/10/1989 de la siguiente forma: *«Si bien el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, de la que es eje básico la iniciativa privada, el artículo 128.2 de la misma también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, con cual, se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos el privado y el público.*

El tercer elemento es la política económica. Se trata de un elemento esencial en la estructura de la Constitución económica. Según el artículo 149.1.13 corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual supone la ordenación económica de todos los sectores y del propio Estado. En definitiva, se trata de la competencia de dirección de la actividad económica general, cuyo fruto son normas que fijan las líneas directrices y criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos. Utilizando términos económicos, la política económica puede ser definida como los instrumentos con los que cuentan los Gobiernos para influir en la actividad macroeconómica²⁶. Se trata de la potestad de encauzar la economía de los Estados hacia la consecución de unos objetivos marcados por el Gobierno correspondiente. En definitiva, la intervención pública más importante en la economía que garantiza la primacía del poder público.

Los instrumentos más importantes que tienen a su disposición los Gobiernos son:

- La Política fiscal constituida por el gasto público y los tributos, y que afecta a las rentas y al consumo de los individuos, así como a la distribución de los recursos entre los bienes privados y los públicos. Es decir, a las dimensiones de lo público y lo privado, o en otras palabras qué parte del PNB se consume colectivamente y no privadamente.
- La política monetaria se compone de las decisiones de los Gobiernos que afectan a la gestión del dinero, el crédito y el sistema bancario. Afecta a los sectores de la economía que son más sensibles a los tipos de interés.
- La política comercial exterior, que afecta al comercio exterior y a los flujos financieros internacionales. Dentro de ello, la política comercial es el elemento central. Otro elemento importante es la gestión del mercado de divisas.
- Las políticas de rentas que afectan a precios y salarios cuyo fin principal es controlar la inflación.

²⁶ SAMUELSON, PAUL Y NORDHAUS, WILLIAM. *Economía*. Mc Graw-Hill, 1993, p. 501.

III. LA PRODUCTIVIDAD EN LA CONSTITUCIÓN: EL ARTÍCULO 38

El artículo 38 de la Constitución de 1978 es la piedra de toque de la Constitución económica española. Dice 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».

La libertad de empresa goza en la historia del constitucionalismo español de varios precedentes que de una u otra manera han regulado esta materia. Así, la Constitución de 1812, afirmaba en su artículo 131.21, que *«las facultades de las Cortes son: Promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan»*; por influencia francesa. Se trataba de una reafirmación más de la disolución del Antiguo Régimen, frente a la imposición y la intervención ejercida por los gremios y otras organizaciones corporativas como la Mesta. Así mismo, la de 1931, en su artículo 33 afirmaba que *«Toda persona es libre de elegir su profesión. Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes»*.

En cuanto a la redacción actual del artículo 38, debe decirse que fue uno de los preceptos constitucionales que más controversia generó en su día entre los grupos políticos presentes en las Cortes Constituyentes encargados de redactar el texto constitucional. Como consecuencia de esta intensa contraposición de visiones del modelo económico que la Constitución debía configurar, se logró, una vez más, alcanzar un consenso de forma tal que se incluyó una fórmula de compromiso.

3.1. La libertad de empresa

Una empresa consiste básicamente en un proyecto de acción proyectado al futuro, en el cual, una persona que pone en juego su patrimonio, o también, que obtiene de otras personas un capital a riesgo, pone en práctica una determinada actividad económica ya sea comercial o industrial, para lo cual es necesaria la aportación de mano de obra, fondos, materias primas, tecnología o servicios. El empresario es esa persona capaz de reunir los elementos anteriores para obtener un determinado output y ofrecerlo en el mercado. Para que se pueda llevar a cabo esta función es imprescindible la libertad. Es una condición inherente a la propia actividad empresarial. Sin ella el modelo económico propuesto sería el de una economía planificada, en la cual, los sujetos no disponen de libertad para producir, dirigir, organizar, contratar, localizarse, vender, comprar y llevar cabo todas aquellas acciones que se entiendan necesarias para desarrollar una actividad industrial, comercial o análoga, en definitiva una actividad económica. Por ello,

el contenido esencial de este derecho subjetivo es iniciar y sostener libremente actividades empresariales²⁷.

La propiedad y libertad son los dos pilares en los cuales se basan los sistemas económicos de mercado²⁸. Se trata de una libertad totalmente incardinada en la más amplia libertad de las personas que se predica de todo sistema democrático de derecho y, como tal, debe ser contemplada; no como algo aislado sino como parte de un conjunto, de un haz de derechos que asisten al ciudadano. Así la libertad de empresa está íntimamente relacionada con otras, como el derecho a la propiedad recogido en el artículo 33 de la Constitución, el derecho a elegir libre profesión y oficio del artículo 35, el derecho al trabajo del mismo artículo 35 o el derecho al libre establecimiento y a la libre circulación de las personas del artículo 139.2.

Se han elaborado a lo largo del tiempo muchas definiciones sobre la libertad de empresa. Una de las más acertadas es aquella que la concibe como aglutinante de una serie de libertades concretas incluidas dentro de una categoría más general que sería la de libertad de empresa²⁹. Es decir, sería la capacidad de establecer y gestionar organizaciones estables de capital y trabajo destinadas a actuar en una economía de mercado³⁰. Así, los aspectos esenciales de la libertad de empresa, en primer lugar, serían la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado. También, la libertad de organización que incluiría, entre otras, la facultad de elección de nombre comercial, de ubicación, de estructuración de la empresa, y de organización de los órganos de dirección; la libertad de dirección en la cual se incluirían la capacidad para adoptar decisiones libremente que afectarían a la producción, la inversión, la política comercial, la libertad de precios, y de contratación. Por último, formarían parte de este haz de libertades la libertad de adquisición de bienes que se requieran para el ejercicio de la actividad empresarial; el derecho a la libre contratación de los trabajadores y el derecho a la libre asociación empresarial³¹.

La libertad de creación de empresas, por tanto, comprende la libertad para emprender creando empresas ex novo o bien adquiriendo las ya existentes. Esto significa que no se puede negar ni limitar discrecionalmente esta actividad a cualquier persona que cumpla los requisitos legales necesarios establecidos. A este respecto, sólo cabe limitar este derecho cuando sea la actividad pública la que intervenga de algún modo. Y ello puede producirse a través de los monopolios públicos y con las declaraciones de reserva de dominio o de servicio público. También es posible su limitación estableciendo por parte de las Administraciones condiciones subjetivas de

²⁷ ALZAGA VILLAMIL, O. *op. cit.*, 2005, p. 182.

²⁸ ARIÑO ORTIZ, G. *op. cit.*, 2004, p. 253.

²⁹ ROJO, ÁNGEL. «Actividad económica pública y privada». *Revista Española de Derecho Mercantil*, núm. 169, p. 325 y ss.

³⁰ SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO. *Derecho Constitucional*. Dykinson, Madrid, 2004, p. 529.

³¹ DE ESTEBAN, JORGE Y GONZÁLEZ-TREVIANO, PEDRO J. *Curso de Derecho constitucional español*, II. Universidad Complutense. Madrid, 1993, p. 286.

admisión a la actividad, como sería la posesión de una determinada titulación académica.

3.2. Las limitaciones de la libertad de empresa en nuestro régimen constitucional

Como para todos los demás derechos y libertades, nuestro ordenamiento jurídico establece unos límites a la libertad de empresa constituidos por otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos. Como bien ha establecido el Tribunal Supremo, *«El artículo 38 debe convivir con otros proclamados dentro del texto constitucional y no como un derecho absoluto, sin que haya razón alguna para que los empresarios se encuentren en situación privilegiada respecto del resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concreta pero no un ámbito de libertad absoluta»*³². El propio artículo 38 establece que las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, constituye el primer límite que se contiene en el mismo precepto en el que se regula la libertad de empresa. Además, también la subordinación de toda la riqueza de país al interés general de la nación contenida en el artículo 128.1 constituye otro límite a la libertad de empresa.

Por otra parte, otro límite de enorme importancia es el derecho laboral. En las relaciones de producción el empresario no tiene libertad absoluta para organizar y distribuir el trabajo. Debe respetar lo establecido en la normativa laboral cuyo objeto es precisamente regular las relaciones de trabajo, protegiendo preferentemente los intereses de los trabajadores. Igualmente el derecho de los consumidores y usuarios constituye otro límite a esa libertad de empresa. El artículo 51 de nuestra Constitución ampara y garantiza los derechos de los consumidores y usuarios, en concreto su seguridad, salud e intereses económicos.

No obstante, el límite más importante de la libertad de empresa lo constituye el derecho a la libre competencia. La economía de mercado se basa en el funcionamiento de mecanismos que aseguren la creación y mantenimiento de un sistema competitivo leal. La libertad de empresa debe respetar las reglas de la competencia leal. Si aquella da lugar a una posición dominante desde la que se manipula o falsea el mercado (abuso de posición dominante), se está produciendo un mal uso de la libertad de empresa. Para evitarlo, precisamente, está legitimada la actuación de los poderes públicos garantes principales de que las fuerzas del mercado no desvirtúen ese mercado competitivo. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, una de las actuaciones específicamente encaminadas a la defensa de la economía de mercado y de la propia libertad de empresa, consiste precisamente, en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar un elemento tan esencial de la economía de mercado como es la libre concurrencia entre empresas. Así, la defensa de la competencia constituye un presupuesto y un límite necesario

³² STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 11 de febrero de 1999.

a la libertad de empresa³³, y por ello, la garantía constitucional de la libertad de empresa conlleva el compromiso de los poderes públicos de protegerla y defender así mismo el principio de libre competencia³⁴.

3.3. El concepto de productividad contenido en el artículo 38 de la Constitución

El artículo 38 de la Constitución hace una mención expresa a la productividad como concepto económico. Y esta referencia se hace inmediatamente después de consagrar la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como modelo económico por el cual opta el constituyente. Es de destacar, en primer lugar, la referencia del texto constitucional por insólita. Llama poderosamente la atención la inclusión de este concepto de productividad, concepto perteneciente al ámbito de lo económico, y la exclusión de otros muchos conceptos que son igualmente importantes en la configuración de un sistema económico, a los cuales no se hace referencia.

Una primera tarea que se impone, es averiguar a qué concepto de productividad se referían los constituyentes cuando incluyeron esa referencia en el artículo 38. Si bien es cierto que ninguna pista se extrae del propio texto constitucional, y sin perjuicio de que luego se profundice en el verdadero alcance de abordar un concepto u otro de productividad, ahora debemos manejar una definición de productividad al uso para poder seguir avanzando. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la alusión que contiene el artículo 38 a la defensa de la productividad debe inscribirse más en el marco de lo socioeconómico que en el marco de lo puramente jurídico. Es el resultado una vez más del esfuerzo realizado, tendente a introducir conceptos propios de la economía política en el marco normativo de una Constitución. En definitiva, es una referencia que se mueve en el espacio fronterizo entre la economía política y la ciencia jurídica³⁵. El concepto en sí mismo no pertenece al mundo de lo jurídico, con todas las certezas que ello supone desde el punto de vista del mundo del derecho y su constelación de garantías y fijeza en el mundo de las leyes, sino a las indeterminaciones y conceptos opinables del ámbito de lo socioeconómico.

Así, podríamos empezar por la definición que contiene el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, que en su edición de 2001 define productividad como «*la relación entre lo producido y los medios empleados, tales como mano de obra, materiales, energía etc.*». O también como «*capacidad o grado de producción por unidad de trabajo, superficie de tierra cultivada, equipo industrial*». No obstante, y como más acertada, se debe emplear otra definición del concepto cercana al ámbito de lo económico. Se entiende por

³³ STC 208/1999, de 11 de noviembre.

³⁴ ALZAGA VILLAAMIL, O. *op. cit.*, 2005, p. 182.

³⁵ EHMKE, HORST. *Economía y Constitución*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 5, enero-junio 2006. Universidad de Granada. p. 340.

productividad la relación entre la cantidad de producción y la cantidad de factores (trabajo, tierra y capital); es decir el cociente entre la producción y los factores de producción³⁶. Se trata de una forma de medición que permite determinar la relación entre el input de una determinada actividad y el output que de esa actividad se obtiene. A su vez, la productividad del trabajo es la variante del cálculo de la productividad que más se suele emplear. Es el resultado de dividir la producción total por la cantidad de trabajo empleada en esa producción, bien por cantidad de trabajadores, o bien por cantidad de hora trabajada. Y esa productividad del trabajo aumenta como consecuencia de una mejora de la tecnología, de las cualificaciones de trabajo, o de la intensificación del uso del capital. Así mismo, otro concepto de productividad utilizado en aproximaciones macroeconómicas es el de Productividad Total de los Factores. Mide la producción total por unidad de factor. El numerador es la producción total, mientras que el denominador es una media ponderada de las cantidades utilizadas de capital, trabajo y recursos. El crecimiento de la productividad total de los factores suele considerarse también como un índice de la tasa de progreso tecnológico.

3.4. Su ubicación en la Sección 2.^a del Capítulo II y sus garantías

También es relevante analizar la ubicación de esta referencia a la productividad en el todo sistémico que constituye el Título I. Es destacable su inclusión en el mismo artículo 38, es decir, en la sección 2.^a del Capítulo II de Título I, con lo que ello supone de relevancia jurídica, equiparando la defensa de la productividad, como un derecho más, a otros muchos derechos de carácter verdaderamente capital para un Estado de Derecho, tales como el derecho al matrimonio (art. 32); el derecho a la propiedad privada (art. 33); o el derecho y el deber de defender a España (art. 30).

Así, la defensa de la productividad se convierte en un verdadero derecho fundamental, y no simplemente en un principio rector de la política social y económica, que es lo que hubiese pretendido el Constituyente en caso de haber incluido la referencia a la productividad en el Capítulo III que recoge los principios que *«informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»*. Si así hubiese sido, como afirma el artículo 53.3 de la Constitución, no podrían ser alegados directamente ante los Tribunales, sino de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan.

En definitiva, y como primera consecuencia, la conceptualización por parte de la Constitución de la defensa de la productividad como un derecho de los incluidos en la Sección 2.^a supone dotarle de un nivel altísimo de garantías y salvaguardas. No el más alto, que corresponde a los derechos y libertades incluidos en la Sección 1.^a (arts. 14 al 29), pero sí infinitamente muchas más posibilidades de defensa que si hubiese ubicado la productivi-

³⁶ SAMUELSON, PAUL Y NORDHAUS, WILLIAM. *Economía*. Mc Graw-Hill, 1993, p. 908.

dad como un mero principio rector de la política social y económica del capítulo III (arts. 39 al 52). Esto significa que la defensa de la productividad de las empresas en concreto, y de la economía española en general, es concebida por el Constituyente como un derecho esencial del elenco de derechos y libertades fundamentales y por ello, todo el sistema jurisdiccional y normativo español se subordina a su salvaguarda mediante distintos mecanismos.

El primero de ellos es la reserva de ley. La defensa de la productividad del mismo modo que el resto de los derechos incluidos en esta Sección 2.^a, del Capítulo II, deberá ser desarrollada por ley, en este caso ordinaria. Por tanto, la primera garantía es la del rango de la norma que obliga a que sea un Parlamento el que regule mediante ley ordinaria y no por decreto-ley ni por reglamento independiente. Esto supone una indudable garantía del derecho regulado, ya que la norma debe ser debatida y aprobada en las Cortes Generales y será fruto del debate entre las distintas opciones políticas presentes en cada cámara que representan directamente a los ciudadanos al ser elegidos por ellos democráticamente. No obstante, el TC ha admitido la posibilidad de que las leyes remitan a normas reglamentarias, aunque en ningún caso pueden esas remisiones hacer posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley³⁷. La potestad reglamentaria deberá ser un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos³⁸.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que esa ley que deberá regular este derecho a la defensa de la productividad contenido en el artículo 38, deberá respetar en todo momento el contenido esencial. Este concepto de contenido esencial, capital para conocer el alcance de la garantía de este, ha sido definido por el Tribunal Constitucional³⁹ como *«las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo»*, o también como *«los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos; una esencialidad de contenido del derecho que hace referencia al contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho»*. En caso de que este contenido esencial no sea respetado por el legislador, entran en funcionamiento los mecanismos de garantía previstos en el propio artículo 161.1 de la Constitución, es decir, del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.

Además, debe resaltarse otra consecuencia de la ubicación del artículo 38, y es la específica vinculación de los Poderes Públicos. Es decir, que el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial quedan vinculados en su actividad a la salvaguarda de los derechos contenidos en la Sección 2.^a de capítulo II, incluida la defensa de la productividad. La Constitución

³⁷ STC 83/1984, de 24 de julio.

³⁸ ALZAGA VILLAAMIL, O. *op. cit.*, Vol I. 2005, p. 384.

³⁹ STC 11/1981, de 8 de abril.

es una norma jurídica que, como tal, es de obligada aplicación por los poderes públicos en general, y en particular por los Juzgados y Tribunales⁴⁰. En concreto, los preceptos contenidos en el Capítulo 2.º del Título I, están dotados de una especial fuerza vinculante que deriva de la directa e inmediata aplicación con independencia de que exista o no norma con rango inferior a la Constitución que los desarrolle, tal y como se deduce de los art. 9.1 y 53.1 de la propia Constitución. Ello es especialmente relevante en cuanto a los Tribunales de Justicia, ya que el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, prescribe que los derechos fundamentales y las libertades públicas vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados bajo la efectiva tutela de los mismos. Así pues, en ausencia de regulación al respecto, el Juez deberá aplicarlos desde el punto de vista de la protección de su contenido mínimo. Hasta tal punto la inclusión de la defensa de la productividad como derecho del Capítulo II es relevante desde el punto de vista de sus garantías jurídicas.

3.5. El significado de la inclusión en el artículo 38 de la productividad

La inclusión de la defensa de la productividad como tarea que se impone a los poderes públicos en el Capítulo II del Título I, junto con otros derechos fundamentales como la propia libertad de empresa, tiene un significado trascendental desde el punto de vista de su virtualidad jurídica. Se trata de una inclusión en el catálogo de derechos y libertades de carácter socioeconómico. Los derechos fundamentales son un elemento estructural del Estado de Derecho de manera que difícilmente pueden concebirse como realidades separadas: sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho, y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales. Esta concepción de los derechos fundamentales, se debe entre otros a la obra de Jellinek que los concibe como determinantes del estatuto jurídico de los ciudadanos. Es decir, que son un elemento configurador básico del ordenamiento jurídico que además tienen una doble vertiente; axiológica al ser elementos centrales del ordenamiento de una comunidad nacional y elementos definidores de la estructura política y jurídica del país; y también, por lo que interesa aquí, son auténticos derechos subjetivos, derechos individuales, y su cumplimiento es exigible ante los poderes públicos⁴¹.

Existen varias hipótesis para explicar la inclusión de una referencia tan rotunda al concepto de productividad en el artículo 38 de la Constitu-

⁴⁰ GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN. *Derecho Constitucional Vol. I*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 375.

⁴¹ RODRIGUEZ-ZAPATA, JORGE. *Teoría y práctica del Derecho constitucional*. Tecnos. Madrid. 1996, p. 299.

ción. La primera y más evidente tendría que ver con una intencionalidad del Constituyente, que pretendió dar a esta materia económica el máximo relieve normativo. Al mismo tiempo se aseguraban así las máximas garantías jurídicas para la protección y defensa de la productividad. Esta, que podría ser la explicación más evidente, no parece la más adecuada. Y ello por varias razones. La primera es que constituye una extraña inserción de una materia que pertenece de lleno al ámbito de lo económico en mitad de un catálogo de derechos que están evidentemente inscritos en el ámbito de lo jurídico. Las referencias a otros conceptos económicos en ese mismo Capítulo II son; el derecho a la Propiedad y la libertad de empresa, conceptos ambos pertenecientes al ámbito de lo económico pero de amplia raigambre histórica, en cuanto a su inclusión en las declaraciones de derechos, y ambas pertenecientes, de lleno, al ámbito de lo jurídico y no de lo económico.

Si así fuese, si realmente la intención del Constituyente fue primar la consecución de un adecuado nivel de productividad para la economía española, no se entiende porqué en el texto constitucional no aparecen también menciones expresas a otras cuestiones económicas tan trascendentes o más que aquella para la buena marcha de la economía nacional, tales como el control de inflación, o el excesivo déficit público. Por tanto, la explicación debe ser otra, ya que no es verosímil que el Constituyente entendiese que de todas las posibles cuestiones de carácter netamente económico, la única que merecía la distinción de ser incluida no sólo en el texto constitucional, sino en el propio Título I, junto con los demás derechos configuradores del Estado de Derecho, era la defensa de la productividad de la economía española.

Para poder dar respuesta a la cuestión parece necesario hacer referencia al contexto histórico y político en el cual la Constitución fue redactada. Un contexto presidido por la necesidad de consenso y por la difícil situación que la economía española atravesaba a finales de los años 70. Por ello, la inclusión de la referencia a la defensa de la productividad habría tenido como origen compensar a los sectores empresariales ofreciendo algo a cambio de la amplia codificación de los derechos sociales que llevaba a cabo la Constitución. Una preocupación expresa por la productividad de las empresas vendría a nivelar o compensar a los sectores económicos empresariales, incluyendo una mención en el propio Título I. De esta forma, se alcanzaba una pauta de consenso que sería esencial a todo el espíritu del texto constitucional. Es lo que se ha denominado *vía de la compensación*, una determinada forma de articular los preceptos constitucionales presente en toda la Constitución de 1978, pero especialmente frecuente en los preceptos que componen la Constitución económica. Un ejemplo de ello es el propio artículo 38, que defiende la economía de mercado y la libre empresa como motor de la misma, a la vez que defiende la regulación general de la economía y, en su caso, la posibilidad de planificación. Es decir, que en un mismo artículo se introducen términos que entre sí se compensan y, por tanto, se basan en las cesiones mutuas.

Es más, algunos sostienen que la inclusión de la referencia expresa a la productividad en este artículo 38 es imperfecta e innecesaria⁴². Imperfecta, desde el punto de vista de la corrección gramatical. Si se aísla la referencia a la productividad, lo que el artículo 38 señala es que los poderes públicos garantizan y protegen la defensa de la productividad, como si a ellos no les correspondiera de por sí tal cometido, sin necesidad de señalarlo explícitamente. Por esta razón se considera también innecesaria tal referencia. Por todo ello, se alega que la referencia a la productividad encontraría una ubicación más correcta en el Capítulo III, donde se recogen los principios rectores de la política social y económica, y no en el artículo 38.

3.6. La alusión a la productividad, ¿auténtico derecho fundamental o principio rector de la política social y económica?

La mayoría de los autores entienden que esa inclusión en el artículo 38 de la defensa de la productividad, es más bien un brindis al sol producto de un error asumido por los constituyentes, el cual sólo pretendían superar, en la fase de redacción del texto constitucional, las dificultades insalvables que impedían alcanzar el consenso entre las partes. Pero es necesario tratar de averiguar si esta tesis es correcta. Es decir, si los principios rectores de la política social y económica, incluidos en el Capítulo III del Título II, constituyen o no la ubicación más ajustada de la productividad a la que se refiere la Constitución en el artículo 38.

Los principios rectores de la política social y económica son derechos que constituyen una parte esencial del Estado social que proclama la Constitución de 1978. Deben ser interpretados como derechos de prestación por parte del Estado⁴³, como requerimientos a la autoridad que imponen una determinada línea de actuación a los poderes públicos. Es decir, que la Constitución se compromete y compromete a las instancias públicas en el cumplimiento de un programa social, convirtiendo estos principios en un auténtico catálogo de derechos sociales frente a los poderes públicos. Así, se puede hablar de que en este Capítulo III hay un reconocimiento de derechos a la protección de la familia; a la protección de los trabajadores, como la existencia de un régimen público de Seguridad Social; a sectores sociales específicos, como los niños, los jóvenes o los ancianos; o a la protección de los ciudadanos como consumidores.

Mucho se ha escrito acerca del carácter jurídico de estos principios y de su obligatoriedad. A este respecto, se ha indicado que el constituyente quiso diferenciarlos del resto de los derechos fundamentales. Estos últimos tienen el valor normativo que emana del artículo 9.1: todos los preceptos constitucionales vinculan a los poderes públicos sin que haya necesidad de esperar

⁴² GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid, 2001, p. 844.

⁴³ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de Derecho constitucional*. Tecnos. 2006. Madrid, p. 120.

a que la Constitución resulte desarrollada por el legislador ordinario. No obstante, respecto a los principios rectores de la política social y económica, el Constituyente, en cambio, ha matizado esta obligación. El artículo 53.3 dispone que dichos principios sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Por ello, se ha sostenido que se trata de principios programáticos que no vinculan de forma directa a los particulares, pero sí a los poderes públicos que resultan obligados a cumplir ese programa de derechos sociales establecido en la Constitución. El reconocimiento y protección de esos derechos se lleva acabo a través del mandato de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Como ha afirmado el TC, no se trata de normas sin contenido, sino que han de estar presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes⁴⁴.

No se trata de preceptos que carecen de valor. Se trata de ideas tendencia, de criterios interpretativos, que podrían conducir a la inconstitucionalidad de una norma contraria a ellos pero que, eso sí, permiten desarrollos legislativos diversos, dando así lugar al juego de las distintas opciones políticas que señalarán dentro de ese abanico una u otra opción y además con distinto nivel de profundidad. En consecuencia, más que una aplicación directa, lo que pretendió el constituyente es que esos principios rectores actúen en vía interpretativa e integradora al modo de principios fundamentales que requieren, para ser directamente operativos, su plasmación en otras normas⁴⁵.

Todo esto significa que la inclusión de la defensa de la productividad en uno u otro capítulo de la Constitución tiene su importancia desde el punto de vista de la virtualidad jurídica. Es decir, que la inclusión en el Capítulo III sería una «degradación», si se puede emplear esa expresión desde el punto de vista de las garantías jurídicas, que supondría la imposibilidad de alegar directamente la defensa de la productividad ante los Tribunales de Justicia, como de hecho es posible ahora, gracias a su consideración como derecho fundamental al estar incluida en el artículo 38.

La realidad es la que es, y el constituyente ha incluido la defensa de la productividad en el capítulo II, como los demás derechos fundamentales, y no tiene sentido enmendar al constituyente indagando sobre la conveniencia o no de incluir ese mandato en otro capítulo de la Constitución en teoría más acorde con su carácter y naturaleza. Para interpretar la Constitución habrá que acudir a criterios establecidos en el artículo 3 del Código Civil. *«el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes histórico-legislativos, atendiendo a la realidad social de tiempo en el que han de ser aplicadas»*. Las normas no tienen más espíritu que el *«espíritu de la letra»* y el jurista debe expresar lo que de normativo hay en ellas.

Por otra parte, y si se entra en ese terreno, cabe plantearse también si esa hipotética inclusión entre los principios rectores de la política social y

⁴⁴ STC 19/1982, de 5 de mayo.

⁴⁵ PARADA VAZQUEZ, RAMÓN. *Derecho Administrativo I*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 41.

económica es correcta atendiendo precisamente al tipo de derechos que entre ellos se incluyen. ¿Es correcta esa inclusión teniendo en cuenta el carácter eminentemente social de esos principios?, ¿Se puede considerar la defensa de la productividad como un derecho social?. *A priori*, no parece que la respuesta sea positiva, ya que un cambio de consideración de la defensa de la productividad no sería más que introducir un cuerpo extraño en un capítulo consagrado a modelar las garantías sociales de trabajadores y otros sectores sociales.

El constituyente incluyó la productividad en el capítulo II con todas las consecuencias y fue consciente de su elevación de rango, aunque el origen fuese debido a las circunstancias del momento histórico. Y lo hizo de forma premonitoria. La productividad hoy se ha convertido en un tema esencial y central en todos los sistemas económicos. Por ello, hemos de congratularnos de que nuestro texto constitucional vislumbrara ya en 1978 la creciente importancia que el reto de la productividad supone para las economías de los Estados. Es un acierto que debe ser aprovechado. Se trata de una herramienta de primer orden. Se dota a la defensa de la productividad del máximo rango, relevancia y protección que existe en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual debe motivar su desarrollo y cumplimiento, y no un indiferente ninguneo jurídico. Las bases jurídicas de un adecuado desarrollo normativo están más que fundadamente asentadas gracias a ese artículo 38 y a la visión adelantada a su tiempo de los constituyentes. Sólo es necesario poner en marcha un amplio desarrollo normativo que haga realidad el mandato constitucional de defender y potenciar la productividad, como factor esencial de competitividad de la economía española.

3.7. La virtualidad jurídica del derecho a la productividad contenido en el artículo 38

Como ya se ha expuesto antes, la inserción de la referencia a la productividad en el seno del artículo 38, supone de por sí la protección de una serie de mecanismos constitucionales que amparan a todos los derechos incluidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución. La primera garantía es la obligatoriedad de que la regulación del ejercicio de esos derechos sólo se produzca por ley, que en todo caso respetará el contenido esencial. La segunda es la vinculación de todos los poderes públicos al respeto y ejercicio de esos derechos y libertades. Y en tercer lugar, la protección que otorga el artículo 161.1.a) de la Constitución, es decir la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que fuesen en contra de la defensa de la productividad.

Pero como ya se afirmó, el concepto de productividad incluido en la Constitución no pertenece tanto al ámbito de lo estrictamente jurídico como al ámbito de lo socioeconómico, convirtiéndose, según algunos, en un concepto jurídico indeterminado. Por ello, por esa indefinición jurídica

de la defensa de la productividad, y por su pertenencia más bien al ámbito de lo económico o de lo social, se alegó que el constituyente cometió un error al no incluir esta referencia en el capítulo III que regula los principios rectores de la política social y económica y hacerlo en el capítulo II. Además, como consecuencia de esa indefinición o falta de pertenencia al ámbito de lo jurídico se llegó a afirmar que esta referencia a la productividad carecía, en consecuencia, de cobertura jurídica alguna por mucho que fuese una exigencia incluida en el artículo 38 incluido en el capítulo II. La posibilidad de utilizar la vía del recurso de inconstitucionalidad para defender una posible desvirtuación o incluso un ataque frontal a la defensa de la productividad de la economía española, se consideraba prácticamente imposible por la propia indefinición del concepto, que lo convierte en algo impreciso y vago. Así mismo, no se contempla la posibilidad de que exista un instrumento jurídico adecuado para compeler a los poderes públicos a que den cumplimiento a su deber constitucional de defensa de la productividad, debido también a la indefinición jurídica del concepto⁴⁶.

En definitiva, el vicio de esta referencia jurídica a la productividad en el artículo 38 está en su propio origen. Al tratarse de una inclusión nacida del juego de transacción política que presidió la redacción de todo el artículo 38, adolece de los problemas derivados de ese origen «no jurídicamente puro», sino más bien producto de la negociación y de las cesiones mutuas entre las partes políticas, es decir la indeterminación, la imprecisión y la vaguedad, términos todos ellos que el mundo de lo jurídico procura evitar a toda costa.

Ahora bien, las referencias a la indeterminación o la vaguedad de los conceptos económicos contenidos en la Constitución no es un patrimonio exclusivo de la defensa de la productividad del artículo 38. Casi todas las normas contenidas en la Constitución económica han sufrido intentos, de uno u otro lado, de esquivar la vigencia de tales normas, con el objeto de disminuir o privar de eficacia jurídica a algunos preceptos constitucionales en la materia, o a atribuir a estos preceptos carencia de contenidos normativos, producto de una retórica constitucional de enunciados vacíos. Estas críticas que utilizan la excusa de la indefinición y la extrañeza al ámbito de lo jurídico para negar cualquier tipo de virtualidad jurídica al artículo 38 en su faceta de defensa de la productividad, contrastan con la defensa de la juridicidad de otros conceptos igualmente indefinidos contenidos en la Constitución, pero que no pertenecen al ámbito de lo empresarial, sino al ámbito de los derechos sociales. Es exigible el mismo rigor interpretativo con cualquier precepto constitucional se sitúe donde se sitúe, y aborde los aspectos de la realidad que aborde.

Además, a veces, se olvida que toda la constitución es fruto del consenso y no sólo la redacción del artículo 38. Fue precisamente el consenso, al cual se culpa de las excesivas indefiniciones de la Constitución, el que ha permitido preservar la Ley de leyes desde su aprobación mediante referen-

⁴⁶ GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid. 2001, p. 844.

dum en 1978. La Constitución de 1978 ha proporcionado a los españoles un marco de convivencia estable durante 32 años, y ello se debe a que la mayoría de las fuerzas políticas la han aceptado como norma fundamental respetando su espíritu y su letra. Y ese valor de nexo común sólo fue posible por el consenso que se alcanzó entre todos los partidos a la hora de redactarla. Desde entonces se entiende que, precisamente, uno de los valores que ha preservado su vigencia a lo largo de estos años, ha sido la flexibilidad proporcionada por su origen consensuado, y la relativa indefinición jurídico-técnica de algunos de los preceptos y conceptos utilizados. Como afirma Hesse, el uso de algunos conceptos jurídicos indeterminados está ligado, precisamente, a la vocación de permanencia de la Ley fundamental. Por tanto, una cierta indeterminación en ciertas definiciones o conceptos no debe ser criticada como una dificultad insalvable para que esa referencia constitucional alcance su plena virtualidad. Es función del texto constitucional la ordenación general a largo plazo de la dinámica política, social y económica, lo que excluye toda posibilidad razonable de regulación detallada⁴⁷. Los conceptos sin un significado preciso desde el punto de vista técnico-jurídico deben ser concretados por los operadores jurídicos y por la jurisdicción, ya que están dotados de un carácter abierto. Se trata, en definitiva, de una normativa constitucional determinable mediante el recurso a conceptos de orden jurídico, pero también sociológicos, políticos, culturales o económicos, como en el caso que nos ocupa. Precisamente, ese carácter determinable, dota de flexibilidad a la formación constitucional, y permite la evolución de una Constitución viva, sin necesidad de recurrir a los costes y riesgos de la revisión constitucional continua⁴⁸.

La referencia a la productividad del artículo 38 constituye un buen ejemplo de lo anterior. Un concepto jurídico traído de la ciencia económica, extraño aparentemente por tanto a la galaxia constitucional, que por ello, precisamente no debe ser tachado como un mero brindis al sol vacío de cualquier significado jurídico, que no vincula a los poderes públicos y que, por supuesto, no es exigible ante los tribunales. Al contrario. La configuración relativamente indeterminada desde un punto de vista jurídico impone a los distintos poderes públicos precisamente su concreción y desarrollo. Es un mandato constitucional ya que la Constitución, y toda la Constitución, es norma jurídica. Y no precisamente cualquier norma sino, la norma suprema, la que puede exigir cuentas a todas las demás, la que condiciona la validez de todas ellas⁴⁹. Por ello, si la plena vigencia de las normas que contiene exige el desarrollo que concrete alguna disposición en ella contenida, tal tarea se convertirá en una exigencia para los poderes

⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Iustel. Madrid, 2006, p. 208.

⁴⁸ MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL. *Derecho Constitucional español*. Fundación Universitaria San Pablo CEU. Valencia, 1995, p. 71.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Curso de derecho administrativo I*. Civitas. Madrid, 2004, p. 102.

públicos⁵⁰, ya que es la única forma de alcanzar su vigencia completa que la propia Constitución exige en su artículo 9.1. Por tanto, la solución ante un concepto jurídico indeterminado incluido en la Constitución no es negar cualquier virtualidad jurídica al mismo. No se trataría tanto de negar como de afirmar su vigencia previa concreción por los poderes públicos o los tribunales de justicia u otros operadores jurídicos.

Por otra parte, se alega en contra de la referencia a la productividad que se trata de una referencia que no atiende a los parámetros normales del lenguaje técnico-jurídico. Ello es cierto porque el concepto de productividad es propio del ámbito económico, y por eso precisamente se incluye en el contexto del artículo 38 que regula la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Es decir, que la referencia está inserta en el sitio preciso desde el punto de vista temático; en el precepto marco de lo que se ha denominado como Constitución económica. Esa alusión al carácter más propio del lenguaje no jurídico, es una característica que no sólo se puede predicar de la referencia a la defensa de la productividad. La Constitución está plagada de referencias no técnico-jurídicas. Y ello es así por dos razones. En primer lugar, la Constitución tiene el carácter de ser no sólo una norma jurídica: es algo más. Es una norma ordenadora de la totalidad, del orden vinculante que hace posible la convivencia entre españoles, y por tanto, tiene una vocación pluralista. Esto tiene un efecto positivo: no precluir las diversas posibles soluciones legales a los problemas, posibilitar una pluralidad de desarrollos legislativos posibles de las normas constitucionales concretas.

Por todo lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que la defensa de la productividad que el artículo 38 supone, tiene plena virtualidad jurídica. Una virtualidad jurídica propia de los preceptos contenidos en el Capítulo II del Título I, que no puede ser desconocida ni eliminada por causa de una supuesta indefinición jurídica del concreto alcance del concepto de productividad. Las garantías jurídicas aparejadas al artículo 38 son plenamente vigentes en lo que se refiere a la defensa de la productividad, incluida la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de inconstitucionalidad si una norma de cualquier rango vulnerase ese mandato. Otra cuestión sería como argumentar y justificar el recurso teniendo en cuenta que no hay un texto legal que defina como tal la productividad como concepto técnico-jurídico. Pero esta es otra cuestión distinta que no tiene nada que ver con la posibilidad o no, *a priori*, de plantear el recurso. Por todas estas razones, la defensa de la productividad es un auténtico derecho unido de forma inseparable a la libertad de empresa, tal y como reconoce el artículo 38, que vincula a todos los poderes públicos, incluyendo al legislador, el cual debe definir los concretos perfiles jurídicos de esa defensa de la productividad mediante la actividad legislativa; y al poder ejecutivo, que debe contribuir a la misma labor a través de la normativa que es competente para aprobar y de la ejecución de la misma.

⁵⁰ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Op cit.* 2006, p. 209.

3.8. La defensa de la productividad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional

Vistas las dudas existentes sobre la naturaleza y alcance de la inclusión de la referencia a la defensa de la productividad, cabría acudir a la jurisprudencia para aportar algo de luz en esta materia. La jurisprudencia ya no es sólo, en nuestro sistema jurídico, un complemento del ordenamiento jurídico conforme a lo que reconoce el artículo 1.6 del Código Civil. Si bien la jurisprudencia no es una verdadera fuente del derecho, hoy se puede dar por superada la visión tradicional de que la función jurisdiccional tiene por objeto aplicar a los casos las leyes de un modo abstracto y mecánicamente silogístico⁵¹. Se trata de una imposición de la propia realidad que ha terminado imponiéndose. Así la jurisprudencia posee en la vida del Derecho una eficacia condicionante de la actividad de los sujetos y un valor práctico igual, si no mayor, que las normas que aplica⁵². Toda labor interpretativa es por definición creadora de normas. No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sí tiene un valor añadido. Los Jueces y Tribunales están vinculados a la interpretación de la Constitución que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional⁵³, tal y como se afirma en el artículo 5.1 de la LOPJ y el artículo 1 de la LOTC.

Si se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se observa que son muy pocas las sentencias que hacen referencia a la defensa de la productividad contenida en el artículo 38 de la Constitución. Las pocas referencias que se contienen en algunas sentencias se dedican a la cita textual que se hace del artículo 38, en casos en los cuales alguna de las partes alega la libertad de empresa como derecho vulnerado. En ellas se hace referencia a la defensa de la productividad como simple declaración formal, sin entrar en un análisis de cual es el contenido ni el alcance del concepto productividad. No se ha encontrado, ni en la jurisprudencia del TC ni del TS, un análisis detallado de lo que la defensa de la productividad supone, ni en una vertiente negativa, proscribiendo acciones que fuesen su contra, ni de forma positiva, definiendo sus perfiles concretos. Así pues, la jurisprudencia no contribuye a proporcionar una definición o aproximación al concepto de productividad desde un punto de vista jurídico que pueda ser de utilidad para completar los concretos perfiles de la materia que se está tratando.

No obstante, sí es posible encontrar referencias a la productividad de cierto interés, en materia laboral, cuando los Tribunales se pronuncian sobre los cambios de circunstancias sobrevenidos, que en el ámbito del derecho laboral producen modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En este sentido, varias sentencias han ligado ese cambio en las circunstancias productivas a la referencia a la defensa de la productividad

⁵¹ RODRÍGUEZ-ZAPATA, JORGE. *Teoría y práctica de derecho constitucional*. Tecnos. Madrid. 1996. p. 212.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Op cit.* 2006, p. 166.

⁵³ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de Derecho constitucional I*. Tecnos. 2006, Madrid, p. 286.

que se contiene en el artículo 38. Así, valgan por todas ellas, las Sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2000, de 29 de enero de 2001 y de 17 de septiembre de 2001. En ellas se sostiene que *«...el hecho de que la Administración se pronuncie, en el marco de las disposiciones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en caso de probadas razones técnicas, organizativas y productivas, sobre la adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se inscribe sin dificultad dentro de la previsión constitucional de artículo 38 de la Constitución, que no sólo reconoce la libertad de empresa, sino que también encomienda a los poderes públicos, la defensa de la productividad, cuando otra solución se ha revelado impracticable, al no aceptar la representación de los trabajadores las modificaciones acordadas por la empresa, no vulnerando, pues, por el procedimiento previsto en el artículo 41.1, último inciso, el derecho a la negociación colectiva»*.

Para entender en su totalidad el alcance de esta jurisprudencia, hay que tener en cuenta la anterior redacción del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores que permitía, en caso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo por parte del empresario, y en caso de no alcanzarse un acuerdo con los representantes de los trabajadores, que la Administración interviniese mediando entre ambas partes y, en su caso, adoptando una resolución después de oír a ambas partes.

Pues bien, la reiterada jurisprudencia antes citada, utilizaba el amparo del artículo 38 de la Constitución y la defensa de la productividad como justificación de esa intervención de la Administración en un ámbito puro de la negociación colectiva. De esa forma, la cláusula de intervención administrativa se salvaba de una posible vulneración del artículo 37 de la Constitución que recoge el derecho a la negociación colectiva. Es decir, que la cláusula de defensa de la productividad se convierte en el instrumento para que la Administración, en este caso en el ámbito laboral, intervenga entre las partes enfrentadas. Por tanto, la Administración se entiende habilitada como ya se explicó antes, por el mandato constitucional de defensa de la productividad del artículo 38 para mediar entre empresarios y sindicatos cuando no quede otro remedio, imponiendo una solución final al conflicto creado. No obstante, debe tenerse en cuenta que esa posibilidad de la Administración para intervenir en el ámbito laboral en las relaciones entre representación de los trabajadores y la empresa, fue eliminada con la reforma del Estatuto de los Trabajadores que modificó su artículo 41 por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican diversos artículos del Estatuto de los Trabajadores⁵⁴. Por tanto, esta posibilidad de actuación de la Administración, basada en una habilitación conferida por la defensa de la productividad del artículo 38 hoy ya no existe, prescindiendo la nueva regulación del papel arbitral de la Administración.

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. «Movilidad funcional y modificación sustancial de las condiciones de trabajo». Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58, Madrid, p. 79.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría económica clásica entiende que la prosperidad de los países, históricamente considerada, ha dependido de los dones naturales, de la mano de obra, del valor de su moneda, o de sus sistemas financieros. No obstante, hoy en día es comúnmente aceptado que uno de los factores más importantes para determinar la buena marcha de la economía de un país es la capacidad de innovar. La prosperidad dependerá en buena medida de la competitividad que alcance una nación, la cual, a su vez, depende también de factores tales como los valores imperantes en la sociedad, la cultura, el nivel educativo, su sistema político o la calidad de sus instituciones y administraciones. En definitiva, los factores clásicos que han explicado la riqueza de las naciones, tales como la acumulación de riqueza o la superioridad tecnológica, ya no sirven en exclusiva para explicar el desarrollo económico de unos países con respecto a otros.

En estos últimos años se ha empezado a pensar en términos de competitividad. Este término ha sido definido de muchas formas, y normalmente siempre en relación con otros conceptos como el de productividad. No obstante, una acepción bastante adecuada a los fines aquí perseguidos, podría ser que la competitividad es la productividad con la que los países o las empresas utilizan sus recursos humanos, técnicos, económicos o naturales. Es decir, que la base sobre la cual se define a una empresa o incluso a un Estado como competitivo, es la productividad. En definitiva, dependerá de la productividad con la que se empleen los factores productivos, principalmente mano de obra y capital, así como de la eficiencia con la cual se produzcan bienes o servicios. El crecimiento de la economía de un Estado requiere que esta se mejore a sí misma continuamente y para ello las empresas deben mejorar sus productos continuamente, añadiendo eficacia y eficiencia a la producción.

No obstante, la productividad como variable económica, es decir, en su acepción más simple, como cantidad de bienes y servicios que produce un trabajador, tan sólo es un resultado. Un resultado, que es consecuencia de un gran número de factores entre los que destacan el capital físico, el capital humano, o los recursos naturales a disposición del sistema productivo, y la tecnología.⁵⁵ Se trata de un indicador económico de primer orden, pero sobre el cual, vistos los factores que lo configuran, no es fácil actuar con rapidez. Como se ha analizado, la mejora de la productividad es uno de los grandes retos pendientes de la economía española. Es una exigencia urgente y prioritaria porque en el mercado global las economías nacionales compiten entre sí en un entorno más transparente y volátil que nunca.

La Constitución española de 1978, como ya se ha visto, contiene una referencia expresa a la productividad en forma de mandato a los poderes públicos para su defensa. Este debe ser el punto de partida normativo. En

⁵⁵ MAROTO, ANDRÉS y CUADRADO, JUAN. *La productividad en la economía española*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2006, p. 34.

España tenemos la fortuna de que esa llamada a la defensa de la productividad fue introducida de forma clarividente por el Constituyente en la propia Constitución, en concreto, en el artículo 38. Es más, se contiene un mandato expreso a los poderes públicos para que la garanticen y defiendan. Las bases de cualquier política legislativa al respecto son por tanto sólidas.

A este respecto lo más importante es resaltar que la defensa de la productividad es una materia de carácter transversal que afecta a muchas políticas públicas y que además implica a todas las Administraciones Públicas, dado el complejo reparto de competencias que supone el Estado Autonómico. Esta transversalidad tiene múltiples consecuencias. Por un lado, la mejora de la productividad debe ser considerada como un aspecto a tener en cuenta en todas aquellas modificaciones normativas ya sean con rango de ley, o con rango inferior, que lleven cabo tanto el Estado como las Comunidades Autónomas. Debería considerarse usar el mandato de defensa de la productividad como una suerte de canon de interpretación y de validez de todas las normas. Si cualquier otro derecho constitucional goza de este trato, la defensa de la productividad, incluida en el artículo 38 dentro del marco del Capítulo Segundo del Título I, debe tener ese mismo tratamiento. No sería admisible una norma contraria a, por ejemplo, la libertad de elección de profesión u oficio contenido en el artículo 35, o al derecho de fundación del artículo 34.

Por ello, igualmente debe ser inadmisibile una nueva normativa que se incorpore al Ordenamiento Jurídico contraria a la mejora de la productividad del artículo 38. Así, el normador tiene el deber de controlar que las normas que emana no sean contrarias a este mandato, que no debe olvidarse, es situado a la misma altura que el derecho fundamental que protege en cuanto a su garantía y protección. Igualmente, bajo esta perspectiva debe analizarse si el número o complejidad de las normas en vigor no son en sí mismos factores que deterioran la productividad.

Por otra parte hay que resaltar otra conclusión que, por resultar obvia, no deja de ser relevante. La defensa de la productividad también es aplicable a las propias Administraciones Públicas, no sólo a las empresas privadas. Así, si bien habría que matizar el deslinde con la defensa de la eficacia de las actuaciones de la Administración, asentada como principio de actuación de las Administraciones en el artículo 103 de la Constitución, la defensa de la productividad sería también un mandato a cumplir para todas las Administraciones, reforzando así las obligaciones de eficacia y eficiencia de todo el sector público. Es una exigencia de la propia realidad económica y de la necesidad de mejorar la competitividad de nuestro país. Visto desde esta perspectiva, puede considerarse como afortunado el hecho de que esa necesidad sea, a su vez, una exigencia constitucional. Este hecho refuerza jurídicamente, ampara y justifica todos los esfuerzos que se emprendan en esta materia.

En relación con lo anterior, es importante atender a los informes que realizan las instituciones financieras internacionales para entender la trascendencia y urgencia de la tarea. Según el *«Informe de competitividad global*

2011-2012», elaborado por el *World Economic Forum*, España ocupa en este momento el puesto 36 en materia de competitividad de un total de 142 Estados. Al inicio de la crisis ocupaba el puesto 29, y en el informe de 2010 bajó hasta el puesto 42, un dato absolutamente preocupante. Esta calificación es manifiestamente mejorable si se tiene en cuenta que en esa posición 36 España se codea con Puerto Rico (35) o Bahrein (37). A este respecto el informe resalta que uno de los datos más preocupantes de todos los parámetros que conforman la competitividad de una economía global, es la desconexión entre la fijación de salarios y la productividad, en el cual España ocupa el puesto 126 de 142, lo que lastra la competitividad total del país. Así lo han manifestado también las Instituciones Europeas, Consejo Europeo y Comisión, en numerosas ocasiones, señalando la necesidad de relacionar salarios con la evolución de la productividad. Así mismo, el propio Banco de España ha señalado que la estructura empresarial española dominada por las PYMES tampoco ha ayudado a la mejora de esta variable⁵⁶.

Partiendo de estas bases constitucionales, con el adecuado esfuerzo por lograr el consenso en unas políticas de Estado de una gran trascendencia para el futuro, contando con un análisis certero y realista de las actuaciones que es necesario emprender, y con un enfoque de reformas legislativas global, los poderes públicos deben dar cumplimiento a ese mandato constitucional, y asegurar así la prosperidad de nuestra economía para las próximas décadas. Es una tarea necesaria e inaplazable que no puede ser postergada. Nuestros indicadores económicos y nuestro modelo de crecimiento exigen la corrección de ese desequilibrio básico de nuestra economía. España no puede, si quiere seguir manteniéndose entre los países más avanzados del mundo, negar la evidencia de que es necesario emprender un proceso de reformas que tengan en el impulso de la productividad su objetivo final.

⁵⁶ Informe anual 2011. Banco de España.