

ANTONIO TRONCOSO REIGADA: *Privatización, empresa pública y constitución*.
Marcial Pons, Madrid 1997.

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ

El libro «*Privatización, empresa pública y constitución*» de Antonio Troncoso hemos de situarlo entre los trabajos que en los últimos tiempos se ocupan de, como señala el profesor López Guerra en el prólogo, «repensar el Estado de bienestar».

Las propuestas de privatizaciones de empresas públicas, tan frecuentes en las políticas neoliberales de los últimos años, no responden tan sólo a un fortalecimiento del liberalismo más tradicional, sino que en gran medida son consecuencia de la quiebra que se ha producido en el Estado Social.

El Estado social de Derecho que tras la segunda Gran guerra se afianza y se consolida con políticas de economía mixta, desarrolla un Poder Ejecutivo y una Administración desproporcionada que llega a poner en peligro hasta el mismo Estado de Derecho y la división de poderes. Pero eso no es todo, quizás sea más importante para el tema que aquí nos ocupa, que el Estado macroaparato actúa sin la agilidad y flexibilidad necesaria para afrontar con prontitud las exigencias de una sociedad abierta, intercomunicada y reclamadora de soluciones inmediatas a los problemas. Como ha

señalado el profesor Parejo, el Estado social aparece como «...un gigante torpe y pesado, proclive al crecimiento desproporcionado y que va hipotecando su capacidad de movimiento y de respuesta al compás mismo de su propia acción positiva de configuración social; por tanto, como un mal con tendencia a un avance continuado, ya sin perspectiva que lo justifique, y de contención y, más aún, de regresión muy difícil, si no imposible».

Frente a la «torpeza» del Estado «dinosaurio» se nos presenta una sociedad dinámica, ágil, que impone su lógica y adquiere protagonismo. Los principios de inmediatez y eficiencia, palabras sagradas de la economía internacionalizada se imponen a los de las viejas políticas estatales. Nuevamente, en palabras de Parejo: «...en ausencia de una adecuada adaptación y de la correspondiente iniciativa del sistema político, la vida social se erige paulatinamente, cada vez con mayor fuerza, en paradigma vivificador».

Es cierta esta contradicción. El Estado y en particular su administración, nacen para solucionar problemas a los ciudadanos y parece que en muchas ocasiones lo que hacen es generar nuevos y mayores problemas. Pero también es cierto, y esto se olvida en muchas ocasiones, que el individuo, a la vez que critica al Estado, cada vez es más dependiente de éste y sus prestaciones. Por otro lado, el Estado es el que garantiza de manera más efectiva el cumplimiento de principios como la imparcialidad o la objetividad en las relaciones económicas y el respeto a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Pues bien, el libro del profesor Troncoso se centra en el estudio del protagonismo que debe tener el Estado en la vida económica y, en concreto, mediante su actuación conforme a criterios empresariales propios del Derecho privado. La cuestión central está en saber hasta que punto y con qué características es aceptable la actividad empresarial del Estado en el marco de la Constitución del 78. ¿Cabe constitucionalmente una actuación estatal bajo la forma empresarial?, y si es así, ¿cuales son los límites de esa actuación?

El autor parte en su estudio de una valoración negativa sobre la actividad que desarrolla la empresa pública cuando actúa en régimen de Derecho privado. Para Troncoso, la empresa pública en régimen jurídico privado no garantiza una mayor eficacia, es frecuente la falta de respeto a los derechos fundamentales y se pierden los principios constitucionales según los cuales debe actuar la Administración pública. La «huida» del Derecho Adminis-

trativo no tiene más pretensión que «zafarse» su actuación con pleno respeto a los Derechos fundamentales y al principio democrático manifestado en el control político de su actividad. En aras de una mayor eficiencia, que normalmente tampoco se consigue, se actúa en no pocos casos conculcando derechos básicos y olvidando que el mayor interés general de la Administración está en la garantía de esos derechos y libertades constitucionales.

Para demostrar esta afirmación tan categórica el autor realiza un juicio de constitucionalidad sobre el recurso de la Administración al Derecho privado. Para Troncoso hemos de partir de la existencia en nuestra Constitución de una garantía institucional de Administración pública y de una reserva de Administración. La primera, exige el mantenimiento de esta organización en sus rasgos constitucionales, sin que ello suponga que pueda recurrir al ordenamiento jurídico privado. Lo que sí sería constitucionalmente ilegítimo es un recurso generalizado al Derecho privado. La segunda, está formada por la dirección política y la actividad de policía y de fomento. Son actividades públicas de soberanía y deben ser desarrolladas obligatoriamente por la Administración y está prohibida su privatización. La huida al Derecho privado de estas Administraciones que ejercen funciones públicas soberanas sería inconstitucional (cap. III. II. 2).

Definido el marco en el que la Administración puede actuar en régimen de Derecho privado, el autor se ocupa de señalar como los particulares y la Administración se encuentran en posiciones constitucionalmente distintas y, en concreto, esta última cuenta con una vinculación más fuerte. Precisamente esta vinculación directa e inmediata de la Administración, que no requiere la mediación del legislador, aplicada a las empresas públicas hace que aunque ésta actúe bajo formas de Derecho privado no se esconde que detrás están los poderes públicos y por ello su actuación debe estar sometida a una mayor vinculación a la Constitución (cap. III. III. 2).

Para el profesor de Jerez, el recurso al Derecho privado no modifica la posición constitucional de la Administración. La cualidad política del Estado permanece inmutable y ésta no puede actuar más que vinculada a los derechos fundamentales y al principio democrático. El problema es que el Derecho privado no es el mejor vehículo para esa mayor vinculación a la Constitución de la empresa pública en régimen jurídico privado. El Derecho privado está previsto para los particulares y se organiza sobre los principios de autonomía y libertad contractual que, evidentemente, dificultan la consecución de los principios antes señalados.

Para salvar este inconveniente el profesor Troncoso echa mano del llamado *derecho privado constitucionalizado* que no es otra cosa que la garantía de que la administración cuando actúa en régimen privado no altera su posición constitucional y su sometimiento más fuerte a los derechos fundamentales. La Administración puede huir del Derecho administrativo pero nunca podrá escaparse del Derecho constitucional (cap. III. II. 3).

De esta forma el autor entiende que se puede garantizar que el recurso al Derecho privado no tiene por qué suponer un déficit de libertad ni un déficit de democracia, garantizada por la actuación del control político parlamentario de la actuación de estas empresas. Solo si se garantiza el control político parlamentario se asegura que las decisiones estratégicas y creativas de los poderes públicos son reconducibles al titular de la soberanía mediante la intervención de sus representantes. Además, dicho control es apropiado para vigilar la vinculación de esas empresas a los principios constitucionales de eficacia y servicio general (cap. V. III).

La forma de concluir este libro nos sitúa nuevamente en el principio de estas líneas de presentación y comentario. Es cierto que la Administración pública moderna ha crecido de forma, quizás, descontrolada y que muchas de esas actividades, en especial empresariales, podrían desarrollarse en régimen de Derecho privado. Pero también es cierto que el problema no tiene por qué ser la Administración sino cómo funciona la Administración. El reto para el futuro es, por tanto, doble: para la Administración la consecución de la eficacia necesaria y para la actividad privada que se garanticen los principios y derechos constitucionales al igual que se hace frente a los poderes públicos. Como apunta el profesor Parejo: «...*cualquiera que puedan ser los propósitos finales animadores de la tendencias actuales de reforma y racionalización del Estado, así como de desregulación y privatización, difícilmente podrán abocar en una efectiva, sustancial y real disminución de la importancia del mismo como función de integración social. Quiere decirse que más allá de la confusión actual en que está sumida la cuestión acerca de la reforma del Estado, con ella está aludido no tanto el papel mismo de la instancia estatal, cuanto más bien las condiciones, los términos y la forma en que ese papel se cumple. Parece claro, pues, que el objetivo último consiste más en un mejor Estado que en un menor Estado (con independencia de que mejor Estado pueda llegar a demandar un replanteamiento de la extensión de la intervención y la presencia estatales)*».