

CONSTITUCIONALIZAR LO VERDADERAMENTE PUBLICO (*)

IGNACIO TORRES MURO

Hubo un tiempo en que los constitucionalistas comentábamos frecuentemente, y entre bromas y veras, la tendencia de los cultivadores nacionales del Derecho administrativo a entrar en temas que pudiera parecer que nos estaban reservados. No es preciso ni siquiera decir que esas incursiones dieron lugar en muchos casos a páginas importantísimas para el análisis de nuestra Constitución, páginas que echaron abajo definitivamente cualquier prurito académico que pretendiera defender la incomunicabilidad de las dos asignaturas.

Caídas las barreras no puede extrañar que las nuevas generaciones de especialistas en Derecho público circulen con soltura en todos los terrenos y que haya por ello personas profesionalmente dedicadas al Derecho constitucional, como es el caso de Antonio Troncoso, que escriban un libro como el que nos ocupa, en el que en muchos casos se entra en diálogo con la mejor doctrina administrativista y se someten a examen leyes tan sectoriales, en principio, como la de Contratos de las Administraciones Públicas, la de Entidades Estatales Autónomas, la de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o de la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No debe deducirse de ello que el autor haya abordado un tema no constitucional. Todo lo contrario. La obra plantea uno de los problemas centrales del Estado de nuestro tiempo: el de la definición de los límites de lo público, de aquél sector de la actividad social caracterizado por el sometimiento a unas reglas que aseguran que funcione de acuerdo con los deseos de la mayoría de los

(*) Un comentario a ANTONIO TRONCOSO REIGADA: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 503 págs.

ciudadanos y respetando unos principios recogidos en el texto fundamental. Pero Troncoso lo hace de una manera sugerente, yendo más allá de los planteamientos generalistas y abordando en muchos casos los problemas de penetración de dichos principios en todo el tejido de la sociedad.

El libro invita, como dice López Guerra en el prólogo, a «repensar el Estado del bienestar» (pág. 9) y no cabe duda de que este es un problema constitucional de primer orden, un problema sobre el que tenemos mucho que decir los que nos dedicamos a este sector del ordenamiento. Su principal objetivo es «analizar... la huida de la Administración al Derecho privado, la iniciativa pública en la actividad económica y la privatización de empresas públicas» (pág. 19), todo ello teniendo siempre presente la vigencia de nuestra norma suprema y preguntándose continuamente a qué obligan los principios recogidos en ésta. Se trata, por tanto, de un trabajo de un constitucionalista que sabe ir más allá de las construcciones generales y se adentra en el terreno del día a día de los problemas que plantea aquélla. Hacerlo sin pararse ante barreras convencionales y con especial agudeza en el análisis es el principal mérito de la obra y lo que la convierte en una aportación interesante a los actuales debates sobre cómo debe participar el Estado en la vida económica, cuáles son los principios que deben regir tales actividades y hasta qué punto puede permitirse al mismo que se eludan los controles típicos de lo público.

El texto, tras un capítulo introductorio en el que se aclaran algunos conceptos generales como el de Derecho privado, empresa pública (2) y privatización se articula en los siguientes apartados: I) Un juicio de oportunidad sobre la huida de la Administración al derecho privado y sobre las privatizaciones; II) un juicio de constitucionalidad sobre la huida de la Administración al Derecho privado; III) un juicio de constitucionalidad sobre las privatizaciones; IV) el fortalecimiento de los instrumentos de control como medio para garantizar la vinculación de las empresas públicas a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales; y V) el control sobre la privatización. Nuestro comentario se adaptará a ese esquema.

I

En el primer tema que se aborda el autor es muy claro: receloso con la huida al Derecho privado de la Administración, por un lado, y francamente favo-

(2) Es de destacar la amplitud del concepto de empresa pública que se maneja. Según lo que se dice en la pág. 42 incluye «también a aquellas sociedades mercantiles en las que los poderes públicos, a pesar de no contar con la mayoría del capital social, ejerzan una influencia dominante y sean capaces de dirigir las directa o indirectamente».

nable a las privatizaciones por otro. Sobre el primer asunto dice, por ejemplo, que «al abandonar el Derecho administrativo y huir hacia el Derecho privado se predica eficacia pero lo que se logra de hecho es una vulneración de los derechos fundamentales —especialmente del derecho a la igualdad— y la desprotección de los intereses públicos» (pág. 56) y sostiene que «es más conveniente, antes de acudir a otros ordenamientos cuya eficacia está por demostrar, reformar el Derecho administrativo, haciéndolo más operativo y flexible, para extraer de él todas sus virtualidades y adaptarlo así a las necesidades de la vida social» (pág. 74). Una postura, por tanto, crítica con la realidad cada vez más común en nuestros días de que entidades públicas se sustraigan, con la excusa de alcanzar una mayor eficacia, a las reglas clásicas aplicables a este sector del ordenamiento. No cabe sino suscribir la misma. Cuando hablamos de entes que se financian con el dinero de todos el que se eludan los controles típicos no puede sino redundar en beneficio de camarillas que no responden como deberían por el uso del mismo. En estos temas conviene ser muy estrictos porque se trata de la defensa de lo que es patrimonio de la comunidad.

Respecto al segundo es rotundo en la defensa de las privatizaciones desde diversas perspectivas ya que en su opinión «la reducción del sector público... afianza el Estado de Derecho porque fortalece la función de la ley, y con ella, la vigencia de los derechos fundamentales y del principio democrático» (pág. 95), además «facilita el control político y la capacidad directiva del Parlamento, que son garantías del Estado democrático» (pág. 96), y, por otra parte, para Troncoso, «defender una política de privatizaciones no equivale a suprimir el Estado social y volver al Estado liberal, al Estado «gendarme»... La privatización no cercena el Estado social, ya que no elimina las conquistas sociales. Lo único que suprime es el protagonismo excesivo de los poderes públicos en la satisfacción de estos derechos sociales» (pág. 98); se trata, en suma, de «mantener el mismo nivel de derechos sociales, pero abandonando la gestión directa que realiza el Estado» (pág. 99). En este punto el autor se mueve en el terreno de las preferencias políticas y por ello su postura resulta tan respetable como otra que defendiera una fuerte participación del sector público en la actividad económica. Es interesante, sin embargo, que la explicita para que sepamos a que atenemos en el resto de los análisis que aborda en el libro.

II

En cuanto al juicio de constitucionalidad sobre la huida de la Administración al Derecho privado Troncoso se muestra, como no podía ser menos, más flexible, reconociendo la legitimidad constitucional de la misma, siempre que

no se transgreden tanto la garantía institucional de la Administración Pública como la reserva exclusiva de ésta, es decir las «actividades de dirección política, de policía y fomento, que deben ser ejercidas por la Administración sometida al Derecho público» (pág. 139).

Pero donde resulta más original es en su concepción del sometimiento al texto de la norma suprema de las actividades de todos los entes públicos. Así dice que «las empresas públicas y toda la Administración, cuando actúa en régimen de Derecho privado, continúan estando vinculadas de manera fuerte a la Constitución y, por tanto, no se encuentran en la misma situación constitucional que un particular, sino en una posición más agravada, propia de los poderes públicos» (pág. 182) y defiende «la vinculación a los derechos fundamentales de toda la actuación de los poderes públicos en régimen jurídico-privado; es decir... no sólo el sometimiento a los principios constitucionales de las empresas públicas cuando prestan un servicio público..., sino también la vinculación a los derechos fundamentales de la actividad instrumental y empresarial de la Administración» (pág. 199). Para él «el Estado se queda, como quiera que comparezca. La vigencia de la Constitución de manera fuerte para los poderes públicos no depende ni de su forma ni de su régimen jurídico, ni de su poder social...» (pág. 209) y «la sujeción fuerte de la Administración a la Constitución es una regla general, que no puede desaparecer y que se entenderá siempre vigente cualquiera que sea el «ropaje» legal bajo el cual la Administración se encubra, y cualquiera que sea la actividad que ésta realice, sin que el tipo de actividad tenga la virtualidad de limitar la vinculación de la Administración a la Constitución» (pág. 227).

Con el fin de asegurar estos objetivos nos recuerda Troncoso que «el parámetro que rige la actuación de las empresas públicas no es el Derecho privado general, sino el Derecho privado constitucionalizado. Este es un Derecho privado reforzado y ampliado con los principios constitucionales y los derechos fundamentales, que representan una modificación y, en algunos casos, una sustitución del Derecho privado general» (pág. 261).

Son estas reflexiones las que concentran quizá las aportaciones más interesantes de todo el libro. El autor acierta de lleno al poner límites claros a la idea de que basta con pasarse al Derecho privado para que entes que en realidad son públicos eludan la especial vinculación al texto constitucional que es preciso predicar de los mismos. Es necesario ser muy claros en el rechazo a la utilización de disfraces para acabar con los controles y poder así actuar con una mayor libertad que es contraria a la esencia de ese sector que funciona con fondos que proceden de los impuestos de todos los ciudadanos. Troncoso nos muestra claramente como la legítima utilización de mecanismos algo más flexibles no supone que se desfigure totalmente lo que es el núcleo de toda la actividad de

los poderes públicos: su sometimiento a las normas constitucionales. El hallazgo del Derecho privado constitucionalizado le permite volver a llevar al redil a quienes pretendían campar por sus respetos jugando a la vez a tener el apoyo del Estado y a no sentirse vinculados por aquéllas. Las consecuencias de tal postura son importantísimas y obligan a revisar muchas de las convenciones hasta ahora dadas por buenas. Es en este sentido en el que puede decirse que el libro resulta provocador y que abre nuevas vías para el análisis de un problema tan en boga en estos momentos.

III

El juicio sobre la constitucionalidad de las privatizaciones es el objeto del siguiente apartado. En él el autor resalta que «no son susceptibles de privatización las Administraciones que desarrollan una actividad política y una actividad ejecutiva de policía y de fomento, y que pueden ser calificadas como Administraciones de soberanía o de intervención» (pág. 276). Además, según el, «existen preceptos constitucionales que obligan al legislador a mantener la continuidad de algunas Administraciones prestacionales, preservándolas de una completa privatización sustancial» (pág. 277).

Entre las mismas incluye los medios de comunicación social del Estado en virtud del artículo 20.3 CE, olvidando el clarísimo pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 86/1982 en el sentido de que «los derechos que consagra el artículo 20 no son de prestación, sino que se traducen en las libertades que en el mismo se reconocen a los ciudadanos, para cuya efectividad no se requiere constitucionalmente, ni está tampoco prohibido, que existan medios de prensa dependientes del Estado o de cualquier ente público, al ser éste un tema en el que caben, dentro de la Constitución, diversas opciones políticas» (FJ. 3). Es por ello discutible que no sea privatizable por imperativo constitucional el ente público RTVE como parece sostener Troncoso. Otra cosa son las Administraciones sanitaria y educativa en donde sí parece haber razones serias para mantener un núcleo público.

El análisis del autor, que reduzco a sus rasgos principales por la necesaria brevedad de este comentario, se ocupa también en este apartado de temas tangenciales como la garantía institucional de la autonomía municipal como posible obstáculo a la privatización (págs. 285 y sigs.), los principios de Estado de Derecho, Estado democrático y Estado social como límites a la privatización (págs. 291 y sigs.) y los derechos de los funcionarios y de los trabajadores de las empresas públicas privatizadas (págs. 304 y sigs.).

IV

En el bloque que viene a continuación trata la obra del fortalecimiento de los instrumentos de control como medio para garantizar la vinculación de las empresas públicas a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales. Se afirma allí, en primer lugar, que «la legitimidad constitucional del recurso de la Administración al Derecho privado, vista la incapacidad de este ordenamiento para transponer la posición constitucional de la Administración, depende, por tanto, de que funcionen los instrumentos de control que garantizan la vigencia para las empresas públicas del Derecho privado constitucionalizado» (pág. 318). Dos son los tipos de controles en presencia: por un lado el político al que corresponde «evitar que la huida al Derecho privado de la Administración pública suponga una huida del principio democrático» (pág. 327); por otro el jurisdiccional que «evita que la huida al Derecho privado suponga una huida de los derechos fundamentales e impide que se hable de déficit de libertad» (pág. 328). El principio general, perfectamente suscribible por todos, es el de que «el control ha de seguir al dinero público allí donde esté» (pág. 329).

Respecto al control político sostiene Troncoso que «las empresas públicas, por el hecho de ser poder público en sentido material, deben estar sometidas a los controles políticos y en especial, al control parlamentario, si quieren respetar el principio democrático» (pág. 334) y que negarlos significa configurar al sector paraestatal como un ámbito exento del mismo (pág. 377), de modo que «sin afirmar que el control parlamentario de las empresas públicas tenga que ser necesariamente un control universal e ilimitado -aceptando por tanto los límites formales que por pura lógica rodean a la supervisión de su actividad- hay que afirmar que el Parlamento tiene derecho a conocer y a valorar los resultados de las empresas públicas, y a intervenir en su planificación» (pág. 379). Parece esta una postura ponderada y defensora a la vez del que es el hilo conductor de todo el libro, el de que allí donde hay intervención real de poderes públicos aunque sea bajo formas aparentemente privadas no pueden faltar los controles habituales si no queremos crear zonas exentas de fiscalización que pueden convertirse en «pozos negros» muy difíciles de justificar en un Estado democrático. Reconocido este principio general el asunto no deja de plantear problemas en cuanto a su aplicación práctica, problemas que saltan habitualmente a las páginas de los diarios debido a las peculiaridades de este «sector público-privado». Quizá debió profundizarse algo más en los mismos pero tampoco se puede pedir que se aborden todos los aspectos de una realidad tan rica porque ello desbordaría evidentemente los límites de la obra.

Pero el control jurisdiccional también suscita diversas cuestiones emezan-

do por el orden al que debe atribuirse. En este terreno Troncoso se muestra partidario de uno «llevado a cabo de forma complementaria por la jurisdicción ordinaria y por la contencioso-administrativa...no por el procedimiento ordinario, sino por el preferente y sumario» (pág. 399): Esta doble competencia le lleva a defender, por un lado, que «a partir de la Disposición Transitoria segunda, 2 LOTC y de los artículos 24 LOPJ y 3.c) LJCA... ninguna lesión de derechos fundamentales causada por las empresas públicas puede ser ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos supuestos hay que modificar la óptica formal del requisito de la existencia de una actividad de la Administración Pública sometida al Derecho administrativo por la idea finalista de la protección de los derechos fundamentales» (pág. 422) y, por otro, a «afirmar la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la vigencia de los derechos fundamentales en aquellas empresas públicas que no lo son en un sentido propio sino impropio: nos estamos refiriendo a las sociedades mercantiles en las que las distintas Administraciones del Estado —o sus Organismos autónomos o demás entidades de Derecho público— tienen una participación accionarial que, sin ser mayoritaria, es de control» (pág. 429).

Esta dualidad, sin embargo, no le parece totalmente satisfactoria sobre todo por las múltiples trabas que encuentra para la actuación del orden contencioso-administrativo, lo que le lleva a mantener «la conveniencia de extender el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, no sólo sobre las sociedades mercantiles con participación pública minoritaria de control —que serían las empresas públicas en sentido impropio—, sino también sobre las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria y sobre las entidades públicas empresariales —que serían las empresas públicas en sentido propio—. La defensa de una alternatividad de vías para controlar la actividad de las empresas públicas —la vía judicial ordinaria y la contencioso-administrativa— se constituye así en una garantía de la vigencia del Derecho privado constitucionalizado en la actividad de estas empresas y es un buen antídoto para evitar que la huida al Derecho privado se convierta en una huida de toda jurisdicción» (pág. 438).

La idea que late en toda la construcción es la de que los tribunales no se desentiendan en ningún caso de su obligación de hacer que todos los entes públicos respeten los principios constitucionalizados y los derechos de los ciudadanos. No parece que se pueda objetar algo a la misma sobre todo en lo que tiene de extensión de la vigencia de nuestro texto constitucional, haciéndolo presente allí donde demasiado frecuentemente se alega un falso carácter privado para eludir sus exigencias más obvias. Si queremos que todo el sector que depende de fondos públicos de manera más o menos directa, y que, por tanto, está bajo la dirección de los que ocupan el poder en un momento determinado, actúe en consonancia con la norma suprema no es de recibo poner lí-

mites a estos controles jurisdiccionales que se dedicarán preferentemente a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales evitando así todo tipo de favoritismos y discriminaciones que no pueden admitirse en quienes funcionan con el dinero de todos.

V

Finaliza el libro con un capítulo dedicado al control sobre la privatización en el que se afirma que «la mejor forma de controlar políticamente la decisión de privatizar es su aprobación mediante una ley» (pág. 448). Los controles no se limitan a los primeros pasos y para el resto se sugiere «la creación de una Administración independiente» (pág. 452). Todo ello porque para Troncoso «reservar al Gobierno las decisiones estratégicas sobre qué y cuándo privatizar no es negativo, sino que es una exigencia constitucionalmente derivada del principio democrático. Lo que sí es reprochable es atribuir también al poder político o a instancias íntimamente vinculadas a aquél la facultad de decidir a quien adjudicar la empresa privatizada» (pág. 454).

Muestra aquí el autor una fe quizá excesiva en el discutible fenómeno de las Administraciones independientes pero hay que reconocerle que lo hace con la loable intención de asegurar que no se produzcan abusos en el proceso privatizador, que es, desde luego, el objetivo a conseguir.

VI

Resulta difícil en una reseña necesariamente breve hacerle justicia a un libro como el que comentamos que reúne la doble característica del interés del tema y su tratamiento en profundidad. El autor ha hecho un considerable esfuerzo y la verdad es que quien lo lee no pierde el tiempo. La abundancia de la doctrina examinada, el modo claro y preciso con el que se abordan los problemas y los resultados conseguidos hacen de esta obra un trabajo de obligada referencia a partir de ahora para todos los que quieran ocuparse de fenómenos como las privatizaciones o la vinculación al texto constitucional de todas las empresas públicas.

Es precisamente en este terreno en donde, como hemos querido destacar en el título de este comentario, se hacen las aportaciones que nos han parecido más novedosas e interesantes. Se extraen consecuencias a todos los niveles del principio de que allí donde haya intervención, directa o indirecta, expresa o disimulada, patente o semioficial, de los poderes públicos estos se encuentran li-

gados a los principios constitucionales en general y a los derechos fundamentales en particular. Conseguir hacer realidad este objetivo no es fácil, dadas las sutilezas y trucos con los que se pretenden eludir los controles, pero debe quedar claro que se trata de uno irrenunciable y de que todo el ordenamiento debe ser interpretado conforme al mismo. Hay que tomarse en serio que lo público en sentido amplio, en el sentido que se utiliza repetidas veces en el libro, no puede quedar al margen de las exigencias de nuestro texto constitucional y que éste debe ser la guía de la actuación de todo el sector porque estamos hablando de lo que a todos pertenece, de lo que no puede considerarse como privado, de lo que, en fin, no puede ser el huerto de una fracción o partido. Si algún sentido tiene el Derecho constitucional en nuestros días es precisamente el de petrificar unos principios que orienten las actividades de los servidores del Estado, encuéntrense éstos donde se encuentren y aparezcan bajo las personificaciones que el ordenamiento permita, de modo que siempre que exista dinero público por medio no falten los controles pertinentes y las decisiones se tomen respetando los derechos fundamentales, con especial protagonismo del principio de igualdad.

Quizá puedan extraerse del libro de Troncoso muchas otras enseñanzas. Toda recensión además de injusta, como ya dijimos, es parcial y del exhaustivo trabajo del autor se desprenden diversas sugerencias que merecerían ser tratadas aquí si no corriéramos ya el riesgo de superar cumplidamente los límites exigibles a un trabajo de este tipo. Cumple, por tanto, terminar invitando a la lectura de este libro que no nos cabe duda de que será provechosa para quien la aborde porque, como todas las obras interesantes, plantea problemas y dudas sin querer ahogar a nadie con un cúmulo de certezas difícilmente creíbles. Ese es su mayor mérito: abre caminos que estamos seguros de que su autor transitará con acierto en el futuro.

