

## 1. RECENSIONS

**Sosa Wagner, Francisco, *La gestión de los servicios públicos locales*, 4<sup>a</sup> edició, Editorial Civitas, Madrid, 1999, 244 pàg.**  
—, ***Manual de derecho local*, 4<sup>a</sup> edició, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, 262 pàg.**

### 1. *La gestión de los servicios públicos locales*

El professor García de Enterría destaca en el pròleg la importància del llibre que ressenyem, ja que en la nostra bibliografia no existeix un tractament monogràfic sobre la gestió dels serveis locals des de l'obra d'Albi (*Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*) publicada el 1960. Els canvis transcendents que han tingut lloc en els 40 anys posteriors exigien que algú intentés la tasca àrdua i complexa de construir i sistematitzar el vast món de la gestió dels serveis locals. I aquest no podia ser d'altre que el professor F. Sosa Wagner, catedràtic de dret administratiu de la Universitat de Lleó, municipalista espanyol i europeu acreditat, i persona estimada per tot el món universitari per les seves qualitats humanes i el seu optimisme constant. Són conegudíssims els seus treballs sobre el món local. Així, per citar-ne algun, destaquem: «El régimen local tras la promulgación de la Ley orgánica de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas», DA núm. 232-233, 1992, 1993; «Impugnación de actos y acuerdos de las corpora-

ciones locales», REALA, núm. 255-256, 1992; «Las sociedades mercantiles como forma de gestión de los servicios públicos locales», RGAP, núm. 4, 1993; «El derecho a la información en las corporaciones locales», REVL, 1987; «Reglas comunes a las entidades locales», REVL, 1987; «La alteración de los términos municipales en el nuevo derecho local», REVL, 1986; «La autonomía municipal», RAP, núm. 100-102, 1983, i «Control contable y presupuestario de las corporaciones locales», a la revista *Presupuesto y Gestión Pública*, 1982, entre d'altres.

La importància del llibre que ressenyem rau principalment en l'estructura i el contingut, tant en les formes com en el fons. En les formes, perquè està escrit d'una manera clara, metòdica, ordenant el que és difícil d'ordenar, estructurant el que de per si té poca estructura o cap; en el fons, perquè el professor Sosa comença des de dalt i acaba a baix de tot, desenvolupa la teoria general, la carcassa de la institució i baixa fins a la qüestió més concreta i puntual, desgranant totes les qüestions, petites i grans, que troba al seu pas. I això ho fa en un tema com la gestió dels serveis públics

en el món local, que és clau en les relacions Administració pública/ciudadans, i del funcionament eficaç del qual depèn el grau de modernitat d'un país.

El llibre s'inicia amb un examen dels principis que nodreixen l'art. 128 CE i que emmarca l'exercici d'activitats econòmiques i la prestació de serveis per part de les corporacions locals, precepte que serveix de suport per al desenvolupament dels temes més concrets que s'aborden en les pàgines següents. Aquest apartat es completa amb l'examen de les potestats de l'Administració local en relació amb els seus serveis, i els límits que en aquest sentit han de respectar els poders públics.

El capítol II es refereix a la forma de gestió directa dels serveis públics. L'autor destaca que aquest tipus de prestació de serveis històricament es va anomenar com a gestió directa en ser assumida pels mateixos òrgans del municipi, la qual cosa només s'esdevé parcialment en l'actualitat, ja que diverses formes de gestió directa (per ex., la realitzada mitjançant la creació d'un organisme autònom local, abans fundació pública de serveis; les fundacions; gestió mitjançant societat de capital íntegrament pública) estan dotades de personalitat jurídica pròpia independent de la que deté l'entitat local.

En aquest apartat, ric en idees i matissos, detacariem a l'atzar algunes qüestions que ens han cridat l'atenció. D'una banda, la regla general de l'article 95.1 del text refós de disposicions legals vigents de règim local de 1986, segons el tenor del qual els serveis que impliquin exercici d'autoritat només podran ser exercits per gestió directa. No obstant això, la realitat imposa, segons l'autor, interpretar aquesta màxima de manera flexible o debilitada; l'existència de la figura de la concessió i altres

realitats (policies privades que custodien tota mena d'instal·lacions) així ens ho indiquen.

Especialment brillant resulta la crítica que es fa en relació amb les societats de capital íntegrament públic i la Llei de contractes de les administracions públiques.

D'acord amb el que es preveu en l'art. 155.2, les disposicions del títol que es refereix al contracte de gestió de serveis públics (el segon del llibre segon) no són aplicables en el cas de creació d'una societat en el capital de la qual sigui exclusiva la participació de l'Administració o d'un ens públic d'aquesta. Aquesta exclusió respon al fet que, encara que és veritat que en crear-se la societat s'està originant una persona jurídica nova i amb això es compleix el requisit indispensable per contractar, és a saber, el de l'existència de dues persones diferents, també és ben cert que no tindria sentit aplicar regles com les que es refereixen a actuacions preparatòries, formes d'adjudicació o extinció (objecte dels art. 159 i seg.), perquè l'Administració, en recórrer a la creació d'una persona jurídica (i això és així tant per a la pública com per a la privada), no està contractant sinó exercint la seva potestat d'organització dels serveis públics, que és una de les que defineixen amb més nitidesa l'estatus especial de les administracions públiques.

Ara bé, la solució de l'article 155.2 LC, segons el parer de l'autor, peca d'apressada perquè no hi ha cap raó perquè molts dels preceptes continguts en el títol segon del llibre segon no s'apliquin als serveis públics gestionats per societats de capital íntegrament públic. Això és així, per exemple, a l'art. 162, que conté les obligacions generals del contractista: prestar el servei amb continuïtat, vetllar pel bon ordre, indemnitzar dels danys que es cau-

sin o respectar el principi de no-discriminació per raó de la nacionalitat respecte de les empreses d'estats membres de la Comunitat Europea o signataris de l'Acord sobre contractació pública de la Comunitat Europea o signataris de l'Acord sobre contractació pública de l'Organització Mundial del Comerç en els contractes de subministrament, conseqüència de la gestió d'un servei públic (paràgraf d d'aquest art. 162). És a dir que s'imposa a un concessionari que respecti tots aquests principis i, en especial, aquest de nova factura que consisteix a no discriminar els empresaris d'un espai geogràfic extraordinàriament dilatat, però no és així amb la societat íntegrament pública. Quin sentit deu tenir aquesta exclusió?

Al nostre parer, fins i tot s'haurien d'aplicar els actes preparatoris dels contractes que celebra la societat amb tercers i respectar, d'aquesta manera, els principis de publicitat i lliure concurrència que imposa la disposició addicional sisena de la Llei, com també l'art. 2 LC per a algun tipus específic de contracte.

Els capítols III, IV i V es dediquen a estudiar amb brillantor i claredat expositiva les formes indirectes de prestació dels serveis públics. Aquesta part del llibre s'inicia amb l'anàlisi de la sempre polèmica figura de la concessió de serveis públics, i fa un repàs acurat de cada una de les qüestions generals que el dret (públic o privat) planteja sobre això. Així, s'examinen el concepte i la naturalesa jurídica de la concessió, la preparació i l'adjudicació d'aquesta, les obligacions i els drets del concessionari, la posició dels tercers usuaris, la interrupció de la relació concessional mitjançant la tècnica del segrestament i l'extinció de la relació concessional i els seus motius o causes.

Al nostre parer, seria oportú fer un comentari, en aquesta part, sobre les modificacions possibles introduïdes per la Llei 4/1999 sobre el règim de responsabilitat patrimonial i la unificació de jurisdiccions operada pel nou art. 144 LRJPCAC.

Posteriorment, s'examinen altres formes indirectes de prestació de serveis com la gestió interessada en què el gestor, explica Sosa Wagner, compromet en la prestació del servei públic, compta, d'una banda, amb la col·laboració de l'Administració (que freqüentment aporta un apart rellevant de les instal·lacions necessàries per a desenvolupar-la) i, de l'altra, amb una remuneració mínima en forma d'interessament que es concreta en una clàusula en virtut de la qual, quan es produeixen mínims per sobre del mínim assegurat, se n'atribueix una part al gestor a fi de fomentar la prestació eficaç del servei públic encomanat.

Així mateix, es fa un repàs tant del concert com de l'arrendament, i aquesta darrera figura segons l'autor encara subsisteix en el nostre ordenament jurídic.

Un dels capítols més interessants i al mateix temps brillants de l'obra de la qual donem notícia és el dedicat al règim jurídic de la societat mixta que gestiona serveis públics. Aquí destaquen idees importants:

a) Que les empreses mixtes, és a dir, aquelles el capital social de les quals només pertany en part a l'entitat local, no poden exercir funcions d'autoritat i, concretament, no poden imposar sancions (STS de 29 de desembre de 1987). Aquesta mateixa regla s'imposa, afegim nosaltres, per a les empreses en què participa l'Administració general de l'Estat, en virtut de la disposició addicional dotzena de la LOFAGE.

b) Cal distingir entre societats mixtes que actuen en el mercat, les quals s'han de sotmetre sense tuteles, controls ni privilegis a les regles del mercat, i societats que gestionen serveis públics en què sempre subsistirà un poder de control i direcció per part de l'Administració, inherent a la seva pròpia titularitat (així, la STS de 20 de juny de 1986).

c) La legislació de contractes, en cloure les regles del contracte de gestió de servei públic quan aquest s'efectuï no solament mitjançant entitats de dret públic sinó també amb societats privades de capital exclusivament o majoritàriament participat per l'Administració (art. 155.2), crea un embolic jurídic, ja que no té sentit extraure aquestes societats del respecte dels principis de publicitat i lliure concurrència, és a dir, les actuacions preparatòries, formes d'adjudicació i extinció. En aquest sentit, no es podria admetre, per exemple, que l'Administració pogués elegir, lliurement, sense cap mecanisme de control, els empresaris que aportessin part del capital i que es beneficiessin de la gestió del servei públic. Al nostre parer, aquest és el camí que cal explorar i intentar evitar que mitjançant la creació d'aquestes societats es puguin obviar els grans principis constitucionals del dret públic recollits en la Llei de contractes de les administracions públiques.

d) S'admeten diferents formes socials a la societat mixta: societats anònimes i de responsabilitat limitada, societat comanditària (forma societària discutida però que l'autor creu possible, malgrat la dicció de l'art. 105 TRRL), societats laborals, societats cooperatives, societats de garantia recíproca, etc. L'autor analitza en aquest punt les diferents opcions i peculiaritats quan és l'ens local el qui pretén prestar el servei d'aquesta mane-

ra. Per això nega que les societats anònimes esportives, pel fi que persegueixen (guanyar les competicions oficials esportives), puguin crear-se per gestionar un servei públic.

e) També es fa un repàs d'algunes especialitats i privilegis de l'entitat quan és soci una administració local, així com algunes especialitats orgàniques manifestades en la relació estreta consell d'administració-ens local i si aquest darrer pot donar instruccions o ordres al primer.

f) Finalment es fa una referència al règim de transformació, fusió, dissolució i escissió.

El llibre acaba amb un examen dels consorcis i altres formes de gestió de serveis i una anàlisi breu de les taxes i els preus dels serveis públics.

En definitiva, un llibre important que aborda un tema no menys important en l'actual esdevenidor de l'Estat de dret i que constitueix, sens dubte, una peça bàsica i imprescindible de la nostra literatura científica. Ja no es pot fer res, en el món dels serveis locals, sense haver consultat aquesta obra magnífica.

## 2. *Manual de derecho local*

Tradicionalment, l'Administració local, malgrat que és, d'entre els poders públics, el més proper al ciutadà, ha estat també la ventafocs dels estudis del dret administratiu espanyol. Aquest desinterès, llevat d'excepcions, es pot explicar per la seva autonomia nul·la, una configuració com una peça més del sistema autoritari vigent durant quaranta anys, la invasió de les seves competències per part de l'Estat, la designació des de l'Administració central de l'alcalde i president de la Diputació, i una insuficiència econòmica. No obstant això, el nou dret local sorgit després de la Cons-

titució ha provocat durant els més de vint anys d'ajuntaments democràtics una il·lusió renovada —una alenada històrica nova diria el professor Sosa— de la doctrina científica que sens dubte ajuda a identificar les corporacions locals amb els ciutadans i a trobar-ne el paper dins l'Estat compost, tan necessari perquè els serveis públics siguin presats eficaçment.

I és en aquest context en el qual va néixer aquest *Manual de derecho local*, del professor de la Universitat de Lleó Francisco Sosa Wagner i del qual avui donem notícia en sortir-ne a la llum la quarta edició, edició que ha estat profundament renovada en incloure-hi tant les lleis que formen part de l'anomenat Pacte local de 1999 com la resta de novetats legislatives (especialment la Llei 4/1999, de reforma de la Llei 30/1992, i la Llei 13/1998, de la jurisdicció contenciosa administrativa) i jurisprudencials que recentment han afectat l'àmbit local.

Aquest llibre està escrit amb la pretensió —diu el mateix autor— de fer arribar a la majoria allò que, per la seva complexitat, sembla destinat a una minoria. Per tant, té una clara vocació didàctica i divulgativa de l'ordenament espanyol de les corporacions locals. El secret de l'obra és que fa fàcil allò que és difícil, ordenar i explicar de manera racional i amb sentit un, a vegades inabastable, conjunt de lleis i disposicions que influeixen en el funcionament diari de l'Administració i el Govern local, i hi dóna un enfocament sistemàtic. En definitiva, fa que l'ordenament local sigui, en el sentit de Santi Romano, un autèntic ordenament. O, si es prefereix, i d'acord amb el significat que la Reial Acadèmia dóna a aquest concepte, «*que cada cosa*» (això és, l'abundantíssima legislació, la no menys abundant juris-

prudència i la multiplicitat d'estructures organitzatives del món local) «*ocupe el sitio que le corresponde*». Només així la globalitat del sistema pot tenir sentit. I això és precisament el que aconseguix aquest llibre magnífic. Explicar d'una manera senzilla i coherent el que a vegades resulta complex i contradictori o simplement trossejat. I quan no és possible encaixar d'una manera humana les diverses peces, l'autor, amb les seves expressions particulars no exemptes d'un humor genuí, no s'està de fer una crítica contundent. Així és, per exemple, quan discrepa de la declaració d'inconstitucionalitat de l'article 5 LBRL, realitzada per la Sentència del Tribunal Constitucional de 21 de desembre de 1989, «*no obstante lo cual su sombra es alargada —dirà— por lo que su contenido, aún con la indeleble mancha que el Tribunal ha arrojado sobre él, no puede ser ignorado*»; o respecte de la mateixa Sentència en criticar la declaració d'inconstitucionalitat de l'art. 20 LBRL, que establia la prioritat del reglament orgànic sobre la Llei de la comunitat autònoma, la qual cosa, segons l'autor, ens «*lleva a aceptar la existencia de valores constitucionales desarrollados y valores constitucionales raquíticos ("bonsais") pues con la actual situación las competencias organizativas han quedado abrasadas bajo la lupa de gran aumento con que han sido contempladas las competencias de desarrollo de las comunidades autónomas*». I conclou el seu argument tot dient:

«*Habrà tenido algo que ver en ello la desairada posición que en los pleitos constitucionales ostentan nuestros municipios, condenados no ya a bailar con la menos agraciada sino a no poder comparecer tan siquiera en el salón de baile? Quizás sea un atrevimiento pensarlo pero tengo para mí que otra cosa hubiera sido de la potes-*

*tad organizatoria de los entes locales españoles si éstos hubieran podido comparecer en la lujosa pista en la que se baila la danza de los pleitos constitucionales y que los entes locales deben limitarse a contemplar con la misma cara con la que el pobre mira, desde fuera, el festejo luminoso que se desarrolla en el interior de la flamante mansión.»*

O quan es refereix a la confusió que regna sobre qui deté la competència en una matèria tan important en els temps corrents com és la defensa del consumidor (si l'Administració estatal, l'autonòmica o la local) exclama: «¡Ah, si Posada Herrera levantara la cabeza y viera en qué ha quedado el viejo y municipal inspector de abastos!», tot referint-se a l'obra del magnífic jurista ressuscitat pel mateix autor en un llibre igualment magnífic. Finalment, també s'esdevé que, quan intenta explica allò que és inexplicable, és a dir, l'adequació a la LRJPAC dels procediments administratius en matèria de règim local i en particular el tema del silenci administratiu, diu que, per exemple, «*el legislador canario ha autorizado al Gobierno para que mediante decreto adecue su ordenamiento a la legislación básica*». Fruit d'aquesta peculiar habilitació —afirma el professor Sosa— és el Decret de 29 de juliol de 1994, «*que ha hecho mangas y capirotas con media docena de leyes de la propia Comunidad dando nueva redacción a muchos preceptos y forjando un pintoresco sistema que permite cambiar leyes por simples decretos*».

El llibre, molt ben estructurat com ja hem dit, comença amb una breu però substancial evolució històrica de l'Administració local a Espanya des dels primers assentaments de pobladors a la península Ibèrica fins als nostres dies, i referma especialment els trets generals de cada període. En un segon apartat

són analitzats els grans principis que regeixen el règim local després de la Constitució de 1978. Aquí destaca un estudi brillant de les competències locals, l'autèntica pedra angular del sistema.

Les aportacions de l'autor en aquest punt són importants sobretot pel que fa referència al paràgraf 1 de l'article 25 LBRL, que permet al municipi «*promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal*», però subordina l'actuació municipal al fet que es faci «*en el ámbito de sus competencias*». És el que s'ha anomenat clàusula d'atribució general de competències. Aquí l'autor l'omple de contingut, davant la creença sostinguda majoritàriament fins ara en sostenir que més enllà de les competències que atribueixen les lleis, en el nostre ordenament existeix una presumpció de competència a favor del municipi sempre que es refereixin a assumptes que afectin directament el cercle dels seus interessos, entenent pels seus interessos aquelles tasques o comeses que es facin presents i puguin ser resoltes dins de l'espai territorial del municipi sense que la simple projecció d'un problema fora de les fronteres municipals el converteixi en supralocal (així ho admet la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de maig de 1997 —RJ 1997, 5941). Aquesta interpretació, que està tan arrelada, com es pot veure, s'ha reforçat com a conseqüència de l'acceptació progressiva en el marc del dret europeu —dirà l'autor— (encara en la forma suau en què ho fa el Tractat d'Amsterdam, annex, apartat 5, ratificat per la Llei orgànica 9/1998) del principi de subsidiarietat que exigeix, com diu el Tribunal Suprem, «*la atribución de competencias y responsabilidades públicas*

*a las autoridades más próximas a los ciudadanos que se encuentren en condiciones de ejercer-las»* (Sentència de 3 d'abril de 1998 —RJ 1998, 3372). El mateix Tribunal Suprem ha encunyat una expressió que pot tenir sort en el futur i és la de «*primación de la voluntad municipal*» (Sentència de 20 de febrer de 1998 —RJ 1998, 1603) per al·ludir a la preferència per l'interès local quan aquest s'ha manifestat d'una manera legalment correcta.

En els capítols següents són examinats els ens que componen l'Administració i el Govern local, és a dir: el municipi, la província i altres ens locals com la comarca (que l'autor dubta que sigui un ens territorial, atesa la dicció literal de la legislació bàsica), les àrees metropolitanes, les mancomunitats i altres organitzacions associatives. La sistemàtica que se segueix aquí és impecable i el maneig de les fonts i de la jurisprudència està totalment al dia. Se n'ha de saber molt perquè en tan poques pàgines s'expliquin tots aquests temes complexos d'una manera tan clara i tan amena. I no es tracta d'una hipèrbole ni de cap cosa semblant.

En el capítol sisè s'examinen les regles comunes a les entitats locals, i s'aborden temes clau i actuals que es planteja el món local.

Així, i a més d'altres qüestions cabdals però ja clàssiques (com la potestat normativa i els seus límits, les regles de funcionament, les relacions interadministratives i l'estatut dels seus membres), s'aborden d'una manera absolutament innovadora l'adequació dels procediments administratius locals a la LRJ-

PAC, la informació i la participació ciutadana i, sobretot, el règim d'impugnació d'acords i exercici d'accions, en què es fa un repàs i un nou esforç classificador de tota una amalgama de possibilitats impugnatòries previstes en el nostre ordenament, amb una menció especial de les vies previstes en els art. 65 i seg. de la LBRL. La capacitat de síntesi torna aquí a brillar amb llum pròpia.

Finalment, la darrera part del llibre analitza diversos problemes sectorials fonamentals en l'àmbit local. Així s'ordena el règim del personal al servei de les corporacions locals (capítol VII), es destria la problemàtica dels béns d'aquestes corporacions (capítol VIII), s'examina el tema de la contractació, tan confús pel que fa a l'àmbit subjectiu i objectiu de la Llei de contractes (capítol IX), se sintetitza el problema cabdal de la gestió dels serveis públics locals i la manera com prestar-los, en què el professor Sosa és un especialista (capítol X), i, finalment, s'afegeix un capítol destinat a les finances locals.

En definitiva, un manual que, a més de col·locar el Govern i l'Administració local en el lloc que es mereix constitucionalment, constitueix, sens dubte, l'autèntica carta de navegar dels estudiosos i pràctics del dret local. Per tot això felicitem l'autor i, al mateix temps, ens felicitem tots els qui creiem en la importància de l'Administració local per al bon funcionament de l'Estat de dret. Llibres com aquest ajuden a posar cada cosa en el lloc que es mereix.

Joan Manuel Trayter

**López Bofill, Héctor, *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*. Institut d'Estudis Autonòmics, Marcial Pons. Madrid, 1999, 126 pág.**

I

Algú va dir que les verticals es troben al centre de la terra, en el sentit que si el tema d'anàlisi escollit és de gran amplitud, es corre el risc de tan sols gratar-ne la superfície, mentre que com més concret, més fàcilment s'accedirà al nucli de la qüestió. L'Héctor López Bofill aconsegueix oferir-nos ben bé el «centre de la terra». L'objecte sobre el qual l'autor construeix el model subsidiari de relacions entre la jurisdicció ordinària i constitucional es concreta en el *conflicte positiu de competències quan es projecta sobre normes de rang infralegal*.

Aquesta obra es configura com una peça singular en el marc de la revisió de les disfuncionalitats que en aquests moments de la seva evolució planteja el sistema de jurisdicció constitucional concentrada. Respon a la necessitat de revisió de les relacions, innegables, entre jurisdicció ordinària i constitucional en la solució dels conflictes de competència, a través de l'anàlisi crítica de les diverses aportacions doctrinals i jurisprudencials. L'autor n'identifica els talons d'Aquil·les respectius, als quals dirigeix la sageta mortal dels seus arguments. Per oferir, al final, un nou model capaç de superar les deficiències identificades, sense perdre mai de vista el contacte amb la realitat de la pràctica judicial en aquest àmbit. Aquesta monografia, sobre un tema escassament tractat en profunditat, té l'origen en el treball final d'investigació (tesina) dels estudis de doctorat en dret públic. L'esmentat treball d'investigació fou defensat públicament al juny de 1998, i va obtenir la màxima qualificació de la comissió avaluadora, firmada pel Dr. Marc Carrillo,

el Dr. Carles Vives i Pi-Sunyer i el Dr. Antoni Bayona.

Cal destacar en aquest moment, i abans de procedir a l'exposició dels continguts, el caràcter interdisciplinari d'aquest treball, l'interès del qual no se circumscriu tan sols al dret constitucional, sinó que s'estén al dret processal i a l'administratiu.

II

Els procediments a través dels quals es canalitzen els conflictes de competència davant el Tribunal Constitucional no són unívocs i la situació no deixa de ser en certa mesura confusa. El títol IV LOTC regula els conflictes positiu i negatiu (amb diferències procedimentals). El conflicte positiu es vehicula a través del recurs d'inconstitucionalitat si l'objecte és una llei, i malgrat posar en relleu els dubtes que des d'un punt de vista processal això pot generar, l'exclou de l'objecte d'estudi, per centrar-se en el conflicte positiu respecte de normes infralegals. Per últim, el títol V LOTC, que preveu la impugnació de les disposicions de rang infralegal de les comunitats autònomes, es tramita pel procediment regulat per al conflicte positiu, i aquesta modalitat peculiar sí que serà objecte d'atenció.

La seva proposta no es construeix en el buit, sinó que compta amb un suport de caire constitucional. Així, ja de bon començament, analitza els preceptes constitucionals (106.1, 153.c CE) que donaran suport, des del punt de vista del dret positiu, a la tesi sostinguda. Tenint en compte que l'art. 106.1 CE, en connexió amb l'art. 6 LOPJ, atribueix als tribunals ordinaris el control de la potestat reglamentària i la legalitat de



l'actuació administrativa, i que un dels paràmetres del control és la Constitució espanyola, se n'hauria de deduir que aquests també podran inaplicar les normes infralegals vulneradores del sistema de distribució competencial (contingut a la Constitució). En contra d'aquesta interpretació Rubio Llorente al·lega l'especialitat dels conflictes de competència (art. 161.1.c CE) com a excepció a la regla general de l'art. 106.1. L'Héctor López Bofill argumenta que de l'especialitat no deriva l'exclusivitat i que si «*por un lado, la jurisdicción ordinaria no extiende su función depuradora a todas las normas infralegales y, por el otro, el TC no anula con carácter general reglamentos inconstitucionales, nos arriesgamos a propiciar la existencia de conjuntos normativos cuyo control no sea atribuido con seguridad a nadie*».

L'autor pot resultar agosarat en les seves propostes, i així ho demostra amb l'intent de superar el sentit literal de l'art. 6 LOPJ. Mentre aquest tan sols preveu la possibilitat d'*inaplicació* dels reglaments o disposicions contraris a la Constitució o a les lleis, caldria admetre que, ja que els tribunals ordinaris contrasten els reglaments amb la Constitució, «*el pronunciamiento realizado por el TS se encuentra en condiciones de cumplir el papel de tribunal unificador que decide sobre la anulación de la norma impugnada*». No oblida que la «qüestió de legalitat» introduïda per la modificació de la LJCA preveu la possibilitat de declarar la nul·litat de normes reglamentàries, però la considera insatisfactòria perquè el control no abasta aspectes de constitucionalitat.

### III

Tot seguit procedeix de forma directa, amb una gran claredat expositiva i amb

una argumentació brillant, a la presentació i crítica, sempre raonada i fonamentada, dels models existents de relacions entre jurisdicció ordinària i constitucional en la solució dels conflictes de competència: l'exclusivisme, l'alternativitat i l'anomenat exclusivisme en sentit dèbil.

#### A) *Exclusivisme*

Aquest model, de monopoli del Tribunal Constitucional, tal com la seva denominació indica, es caracteritza per l'afany acaparador del Tribunal. Altrament dit, el conjunt de tot el que són conflictes de competència, en les seves diverses variables, i per tant també aquells que es projecten sobre normes infralegals, se situen en mans del Tribunal Constitucional, amb total exclusió de la jurisdicció contenciosa administrativa. I així mateix ho ha defensat aquest Tribunal. L'autor identifica una esquadra en aquesta línia jurisprudencial (STC 88/1989), però que no va tenir continuïtat en l'opinió de la majoria del Tribunal. Inclou la referència d'un bon nombre de sentències, comentades en ocasions a les notes a peu de pàgina, la lectura de les quals no s'ha d'obviar, ja que resulten sempre aclaridores i amplien el debat.

En relació amb les deficiències d'aquest model, destaca el fet que és cec a la realitat de la pràctica judicial, ja que la jurisdicció contenciosa administrativa ja resol controvèrsies de caire competencial. De fet, és l'Estat qui en ocasions prefereix canalitzar la impugnació de normes infralegals a través de la jurisdicció contenciosa administrativa i renuncia al privilegi de la suspensió que li ofereix l'art. 161.2 CE.

Conseqüència de l'exclusivisme portat a l'extrem és «*el efecto expansivo del TC como juez de constitucionalidad de*

*normas de rango infralegal*». Aquesta possibilitat es veu afavorida pel fet que a través del títol V LOTC el Tribunal Constitucional té competència sobre tot tipus de disposicions de rang infralegal de les comunitats autònomes, per qualsevol tipus de vici d'inconstitucionalitat, i no tan sols pels que afecten la distribució competencial. Aquesta situació amenaça amb la saturació del Tribunal Constitucional, en un moment en què la preocupació, tal com s'ha posat de manifest respecte al recurs d'empara, és la reducció del nombre d'assumptes que arriben al Tribunal.

La crítica a l'exclusivisme s'acompanya en aquest punt amb la del títol V LOTC, fonamentada en: la confusió de vies processals que genera; l'extensió del control a disposicions de rang infralegal (només de les comunitats autònomes) per qualsevol vici d'inconstitucionalitat; i la previsió de la suspensió automàtica, de manera que les comunitats autònomes queden en manifesta posició de desigualtat respecte a l'Estat. L'autor arriba a afirmar un possible vici d'inconstitucionalitat. Conclou amb les paraules següents: *La concentración en el juicio de constitucionalidad que representa el Título V LOTC —como también el Título IV— difícilmente encaja con la producción masiva de normas reglamentarias por parte de diversos centros de poder*».

Per últim, considera l'exclusivisme contrari als art. 106.1 i 153.c CE, en sostreure als tribunals ordinaris la competència per al control constitucional de disposicions infralegals, ja que els articles esmentats no permeten suprimir la intervenció prèvia de la jurisdicció ordinària quan es tracta de normes infralegals. No ha d'obviar-se el fet que en un Estat social i democràtic de dret els jutges ordinaris són també jutges de constitucionalitat.

## B) *Alternativitat*

L'alternativitat suposa la possibilitat de plantejar el conflicte competencial (sempre referit a disposicions de rang infralegal) indistintament davant de qualsevol de les dues jurisdiccions.

Ara bé, la manca d'un sistema que estructurari les relacions entre ambdues jurisdiccions (i determini qüestions com la legitimitat activa, els efectes de les sentències, la possibilitat de recurs) provoca que aquest model, des de la vessant més radical, sigui insostenible a causa de la inseguretat jurídica que comporta.

La crítica centra en dues disfuncionalitats: la *contradicció*, que vindria generada per l'absència de tècniques de comunicació que articulïn la dualitat jurisdiccional; i la *indefensió*, davant la declaració en sentència de la manca de jurisdicció, atesa la inexistència de criteris que determinin el tribunal competent.

## C) *Exclusivisme en sentit dèbil*

L'Héctor López Bofill atribueix aquesta nomenclatura a aquell model que centra la seva atenció en la redefinició del conflicte constitucional de competència, en reduïx l'àmbit i l'atribueix de manera monopolística al Tribunal Constitucional. Tot allò que no tingues cabuda en el concepte redefinit quedaria sota el control de la jurisdicció contenciosa.

La clau de volta està en la possibilitat d'oferir una definició inequívoca del que es considera conflicte de competència, pressupòsit essencial d'aquest model que no s'assoleix satisfactòriament.

La indeterminació i la inseguretat jurídica que el caracteritzen n'aconsellen l'abandonament. Més en concret, l'autor descarta la definició del concepte de

conflicte constitucional a través de la distinció entre titularitat i exercici i afirma que *«la distinción entre titularidad y ejercicio no es transparente o, al menos no es lo suficientemente diáfana como para transformarse en la piedra angular del diseño procesal»*. Així mateix, rebutja el concepte basat en l'existència de diferències d'interpretació fonamentades directament en preceptes del bloc de la constitucionalitat. Per últim, després d'un examen del model alemany, conclou que d'aquest tampoc es pot extreure un concepte inequívoc que faci viable l'exclusivisme en sentit dèbil, sinó que atrevidament aprofita per suggerir un model subsidiari a partir de l'anàlisi dels preceptes de la Llei fonamental de Bonn i la Llei alemanya de jurisdicció administrativa.

#### IV

Héctor López Bofill no es limita a l'anàlisi i crítica dels models existents, sinó que audaçment i raonadament proposa un model subsidiari suggerent de solució dels conflictes positius de competència referits a normes infralegals. La configuració d'aquest pretén superar les deficiències identificades en els models anteriors, per bé que toparà també amb algunes dificultats.

El model proposat es concreta, en paraules del mateix autor, en el següent: *«en una primera fase, el conflicto positivo de competencias sería enjuiciado por los Tribunales y, ulteriormente, en caso de una decisión contraria a las reglas competenciales, siempre subsistiría la posibilidad de acceder al TC con el fin de asegurar la uniformidad jurisprudencial»*. Una nota al peu, el valor de les quals ja s'ha advertit, indica que tan sols Cruz Villalón i Borrajo Iniesta havien apuntat en

alguna mesura aquesta possibilitat, encara que amb diferències.

Insisteix en el fet que el model proposat no exigeix cap reforma constitucional, i que dins de la literalitat de la Constitució espanyola el conflicte positiu de competències (161.1.c) pot interpretar-se subsidiàriament, mantenint el caràcter d'autèntic conflicte.

No obstant això, aquest model no està mancat d'alguns obstacles. El mateix autor identifica els elements que poden oposar-se a la seva viabilitat, la qual cosa li permet anticipar-se a les crítiques. Es tracta del requeriment previ d'incompetència (art. 62 i seg. LOTC) i la suspensió automàtica a favor de l'Estat (161.2 CE). Es manifesta a favor de la supressió o reformulació d'uns mecanismes que enterboleixen la posició de paritat de les parts en el conflicte, i atorga una posició de supremacia a l'Estat central en detriment de les comunitats autònomes.

Pel que fa al *requeriment previ* (preceptiu per a les comunitats autònomes), en el model subsidiari perdria la seva virtualitat en existir prèviament un procediment davant la jurisdicció ordinària. La seva preservació tan sols tindria sentit en la fase anterior al procés davant la jurisdicció ordinària.

En referència a la *suspensió automàtica*, en defensa la substitució per una suspensió material i raonada segons les circumstàncies del cas i avança que acabaria per ser inoperant.

La configuració que ofereix de la seva proposta és força detallada, així que tot seguit procedeix a l'anàlisi d'altres elements condicionants del model subsidiari, que en permeten una comprensió global (competència, legitimació, objecte, efectes de la sentència). No podem aprofundir cadascun d'ells, ja que ens portaria a excedir els marges d'una recensió, però sí que n'apuntarem algunes qüestions.

Respecte de la legitimació activa, amb l'accés dels particulars se supera la crítica d'indefensió que s'oposava al model exclusivista. Ara bé, cal tenir en compte per evitar confusions, ja que l'autor tan sols s'hi refereix en el moment de les conclusions, que el model no és subsidiari per als particulars, perquè aquests no gaudeixen de legitimació davant del Tribunal Constitucional per interposar un conflicte positiu de competència. El seu accés al Tribunal Constitucional hauria d'anar precedit d'una reforma constitucional o una extensió de l'art. 24 CE que l'autor no jutja aconsellables pel perill de saturació. Per tant, els beneficis de la subsidiarietat no es reconeixen als particulars. L'autocrítica sobre la possibilitat d'error judicial en seu ordinària, la resol assegurant que és una situació difícil que es produeixi.

Respecte de la legitimació de les corporacions locals, d'acord amb el model subsidiari, la protecció de l'autonomia local es localitzaria en la jurisdicció ordinària. L'autor se suma la reflexió crítica respecte de la nova via processal introduïda a través de la reforma de LOTC («conflictes en defensa de l'autonomia local») que es podria reinterpretar com un recurs d'inconstitucionalitat encobert, i per tant vulnerador de l'art. 161.1.a CE en ampliar subrepticiament el nombre de legitimats per interposar-lo.

En les reflexions sobre l'objecte situa en l'àmbit de la jurisdicció ordinària el control dels decrets legislatius *ultra vires*, en tant que l'excés comporta la pèrdua del rang legal; i el dels convenis de cooperació. Per finalitzar, i en relació amb la reiterada negativa a l'abstracció dels conflictes de competència, aporta diversos arguments en contra de l'eficàcia *erga omnes* de les sentències que hi recauen, i troba en la declaració de titularitat (art. 66 LOTC) la major dificultat.

## V

Veritablement paga la pena la lectura d'aquesta obra, que, en l'àmbit del conflicte positiu de competències, analitza, amb gran rigor científic, la sempre polèmica qüestió de la relació entre la jurisdicció ordinària i constitucional. Realitza una anàlisi acurada dels models existents. I, sobretot, proposa un model innovador que suscita el debat sobre la seva viabilitat i que hauria de transcendir i inspirar un replantejament de les relacions entre ambdues jurisdiccions que dotés d'un grau de coherència major el conflicte positiu de competències respecte de normes de rang infralegal.

Aida Torres

### **Esteve Pardo, José, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.**

El progrés tecnològic ha estat assumit com a valor per les societats de l'Europa occidental durant almenys els darrers dos segles. Aquest valor, transmès durant aquest període arreu del món, ha incorporat una relació específica amb

l'entorn físic, una relació que, en els darrers decennis ha començat a fer crisi a causa de la presa de consciència al voltant de les conseqüències que el projecte de dominació sobre la naturalesa té en la salut, el benestar i, fins i tot, la super-

vivència de l'espècie humana. És en aquest context, on apareix el dret del medi ambient, el qual, per això mateix, constitueix un àmbit de visibilitat privilegiat de la relació entre el dret, com a expressió i recipient dels valors d'una societat determinada, i la tecnologia, entesa com la capacitat d'aplicar el coneixement obtingut pels humans a la consecució de determinats resultats. Aquesta relació, a mesura que la tecnologia ha anat ampliant la seva capacitat de transformació, pot haver arribat a un punt de conflicte que obliga a replantejar l'assumpció del progrés tècnic com a valor per part de les societats i, per tant, pel dret.

Tot aprofitant els amplis coneixements de què disposa l'autor pel que fa al dret del medi ambient, és en aquesta relació on pretén incidir, des d'un punt de vista jurídic, l'obra que comentem, *Técnica, riesgo y derecho*, del professor José Esteve Pardo. La tesi de partida de l'obra que presentem és precisament el suport que ha prestat el dret al progrés tècnic des de la Revolució industrial. Aquest model, d'alguna manera derivat del projecte il·lustrat d'emancipació de l'home, es concreta en una acceptació d'una concepció determinada del coneixement legítim, el coneixement científic, i la utilització d'aquest coneixement en la dominació de la natura. La imatge de l'*homo sapiens* sotmès a la natura es modifica, en aquest context, i dona com a resultat l'*homo faber* dominador, tal com el mateix Esteve Pardo fa explícit en una altra obra (vg. José Esteve Pardo, «La protecció de la Natura», a Diversos autors, *Estudis de dret ambiental*, Departament de Medi Ambient, Barcelona, 1995, pàg. 133). Ara bé, aquest domini, el qual té com a resultat la conjuració del perill (entès en l'obra comentada com a perill natural) i l'aparició del risc

(entès aquí com a risc derivat de l'acció humana), de manera que es produeix un desplaçament del factor de l'amenaça des de la natura al mateix home dominador. El risc és aquí la conseqüència no volguda de la dominació sobre la natura a partir del coneixement científic. En aquest punt, apareix un nou problema rellevant, ja que no és només una conseqüència no volguda, sinó, en molts casos, desconeguda, és a dir, imprevisible des del punt de vista del mateix coneixement científic (considereu el cas de la pluja àcida, que significa com a exemple el mateix autor, on l'establiment de la responsabilitat per danys es fa impossible per la manca d'un coneixement exacte sobre l'autèntica causa del fenomen). Aquí se situa el punt de conflicte entre el dret i la tècnica, ja que l'aparició del risc posa en discussió el projecte de dominació tècnica de la natura.

Al mateix temps, però, que en el terreny de la política, la posada en qüestió del projecte de dominació de la natura passa a formar part de l'agenda (l'aparició de moviments ecologistes, l'assumpció de la protecció del medi ambient com a valor en diversos nivells, des de les constitucions fins a multitud d'instruments internacionals), la mateixa multiplicació de resultats en el terreny tecnològic produeix un replegament de l'esfera pública en favor de processos de creació de normes desenvolupats en fòrums tècnics i, per tant, impermeables a criteris polítics i aliens als valors democràtics. Aquest «*paraordenamiento de la técnica*», com l'anomena l'autor, acaba de dibuixar el problema al qual ens enfrontem: el conflicte entre la tècnica i la democràcia, vist des d'una doble perspectiva, la problematització de la tècnica com a valor per a la comunitat (és a dir, la deslegitimació de la tècnica des del punt de vista de la

democràcia) i l'emancipació dels tècnics, com a coneixedors, de la comunitat en la presa de decisions (és a dir, la deslegitimació de la democràcia des del punt de vista de la tècnica).

Aquest conflicte alena en cadascuna de les pàgines de l'obra comentada, la qual constitueix un estudi documentat i sòlid que, des d'un punt de vista jurídic, pretén acarar un àmbit problemàtic que va molt més enllà de la reflexió dels juristes, però al qual aquests no poden ser aliens de cap de les maneres. Així, al llarg del desenvolupament del seu raonament, l'autor va incidint en les diverses qüestions que es plantegen en el terreny jurídic davant les conseqüències de l'avenç de la tècnica, des de l'evolució del règim de les autoritzacions fins a la qüestió de la responsabilitat, en un terreny que afecta predominantment el dret administratiu i el dret penal, però també el desenvolupament d'altres especialitats jurídiques, ja que el dret del medi ambient es postula com un àmbit on les fronteres tradicionals entre les disciplines jurídiques tendeixen a desdibuixar-se.

Es parteix, doncs, de la relació problemàtica entre el dret i la tècnica. Situada la reflexió en un punt de vista estrictament jurídic, tot i que les reflexions metajurídiques inevitables no són obviades per part de l'autor —aconsegueix així un plantejament realment fructífer i profund de les qüestions que apareixen—, l'obra efectua una descripció dels canvis d'enfocament a què obliga el moment actual del progrés tecnològic en el dret administratiu tradicional. Posa, així, en qüestió la viabilitat de la policia administrativa i analitza les vies de fuga que es dibuixen en aquest procés de recomposició del dret administratiu, com ara la remissió a normes tècniques o els canvis que s'operen en l'àmbit de la

responsabilitat. Pel que fa al desplaçament tant de la capacitat normativa com de les funcions de control a entitats privades dotades de legitimació tècnica (això implica, no cal dir-ho, un tipus de legitimació diferent de la democràtica), l'autor se n'ocupa de manera particularment àmplia al llarg de l'obra.

Si aquests canvis són rellevants des d'un punt de vista sincrònic, és a dir, fent referència a l'amplitud inabastable per a l'Administració, en un moment determinat, dels coneixements tècnics, també cal tenir en consideració els canvis que exigeix la mateixa naturalesa del progrés tècnic des d'un punt de vista diacrònic, és a dir, l'evolució dels coneixements científics i, per tant, l'aparició contínua de nous elements que modifiquen la previsió dels efectes que les diverses activitats poden incorporar. Aquí també s'operen canvis en l'estructura tradicional del dret administratiu, amb la introducció de clàusules d'actualització com la *Best Available Control Technology* (BACT), a la legislació americana, o les Millors Tècniques Disponibles (MTD), de la Directiva 26/61/CE, relativa a la prevenció i el control integrats de la contaminació, que incorpora la recent Llei 3/1998, de 27 de febrer, de la intervenció integral de l'administració ambiental, aprovada pel Parlament de Catalunya. Tot i que aquesta evolució sincrònica del dret destinada a afrontar la prevenció de riscos derivats del progrés tecnològic s'opera sempre sobre un rerefons on plana el fantasma del desconeixement, fins i tot per part dels tècnics, de moltes de les conseqüències que aquesta mena d'activitats poden tenir com a resultat. En qualsevol cas, Esteve Pardo, que no obvia aquesta darrera qüestió, enfoca, primordialment, el seu estudi des del punt de vista de les modificacions que s'han produït ja en el dret,

particularment en el dret administratiu, a causa del fenomen que ens ocupa.

Després d'un aprofundit estudi de tots aquests elements d'evolució que el progrés tècnic ha incorporat al dret administratiu, l'autor no deixa de demanar-se per la qüestió axiològica que rau en el fons d'aquesta problemàtica, és a dir, la discussió sobre si el progrés tècnic ha de ser assumit necessàriament com a valor per les societats actuals o bé ja ha acomplert el seu cicle. En definitiva, una vegada plantejat amb un cert detall l'estat de la qüestió pel que fa a la relació entre el dret i la tècnica, el professor Esteve Pardo pretén que es plantegi «*si hemos de seguir protegiendo el progreso técnico, reconociéndole incluso un cierto halo de impunidad por sus benéficos efectos o si, en la sociedad saturada por la técnica, ha llegado el momento de considerar prioritariamente los riesgos que genera y marcar de cerca a un progreso no siempre benéfico y que muestra a las claras sus lados más oscuros y amenazantes*» (vg. José Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999, pàg. 215). El mateix autor nota la capacitat

heurística d'aquest plantejament i, per tant, la capacitat de modificació en allò que s'ha exposat al llarg del llibre que un canvi de percepció en aquest punt produiria. Així doncs, l'obra del professor Esteve se situa en tensió entre mostrar l'estat actual de les relacions entre tècnica i dret, i els problemes i l'eventual replantejament que incorpora aquesta reflexió sobre com funcionen les coses.

De tot plegat es desprèn que el llibre que aquí comentem representa una aportació d'importància singular per al dret administratiu espanyol, però, com dèiem abans, els problemes que planteja l'obra van més enllà d'això i constitueixen un element de reflexió per a tots els juristes, ja que afecten qüestions particularment centrals en l'evolució del dret en el moment present. Això converteix aquesta publicació en una lectura obligada per a tots aquells que s'ocupen del dret del medi ambient, però també per a tots aquells que vulguin desenvolupar una reflexió sobre la democràcia i la participació ciutadana en la presa de decisions en el moment present.

Jordi Jaria

**Garrido Cuenca, Nuria, *El acto de gobierno*, Ed. Cedecs, 1998, Barcelona, 756 pàg.**

L'obra objecte de recensió té com a gènesi una lloable feina d'estudi i recerca realitzada per la professora Nuria Garrido i dirigida pel prologuista del llibre, el professor Luis Ortega Álvarez; aquest fet l'ha convertida en una experta en la disciplina, especialització que obeeix a la gran amplitud i complexitat de la matèria. La temàtica respon a una qüestió de gran envergadura en aquests moments, ja que tota l'obra gira al voltant

de la possibilitat d'una omissió del control per part del jutge contenciós administratiu d'un determinat tipus d'actes, és a dir, els actes de govern. Per fer-ho, Nuria Garrido efectua una anàlisi profunda i exhaustiva, partint d'una evolució històrica, política i constitucional de la institució sobre la qual s'està discutint.

Pel que fa a l'estructuració del llibre, el seu contingut se circumscriu a dues

grans parts: la primera part, dedicada a l'acte de govern en el dret francès, en què, partint de la seva gènesi històrica i jurisprudencial, fa un ampli recorregut fins a arribar gairebé als nostres dies; aquesta primera part de l'obra es completa amb una anàlisi aprofundida de la jurisprudència francesa més rellevant relativa al tema de què es tracta. La segona part inclou un estudi intens des dels orígens fins a la Constitució espanyola de 1978 (en endavant CE), sense deixar de banda l'aparició de nous esdeveniments que han provocat el ressorgiment de la importància de la matèria com, per exemple, la Llei 30/1992, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, o bé la coneguda Sentència sobre «els papers del Cesid».

L'autora situa els primers perfils de l'acte de govern en la mateixa jurisprudència del Consell d'Estat francès, precisament en el període de la Restauració borbònica «*cuando peligraba, como creación napoleónica, la subsistencia de la institución*» (pàg. 51 del llibre que ressenyem). Per això, el Conseil d'État nega rotundament la seva competència per conèixer de les reclamacions que deriven de la caiguda i l'extinció del règim napoleònic. D'aquesta manera, l'acte de govern apareix conceptualment en l'Arrêt Laffitte d'1 de maig de 1822, que va donar lloc a aquesta doctrina jurisprudencial, on les finalitats polítiques van ser les que van determinar la resolució del conflicte.

Tanmateix, aquesta primera línia jurisprudencial va ser superada amb la promulgació de la Llei de 24 de maig de 1872; a més, va ser abandonada pel Consell d'Estat francès en l'Arrêt Prince Napoleó de 19 de febrer de 1875 i substituïda per aquella altra que considera el caràcter del Govern i dels seus actes.

Consegüentment, pel que fa a la seva gènesi jurisprudencial no hi ha grans problemes, encara que la doctrina discrepa respecte a l'explicació d'aquest origen.

Per tancar aquesta primera part del llibre, quant a l'existència de l'acte de govern, podem sintetitzar l'existència de tres sectors doctrinals; cal destacar aquest estudi minuciós perquè és inèdit i a causa de les repercussions i influències que encara es manifesten en el debat actual: les tesis que afirmen o sostenen l'acte de govern, que reconeixen «*la existencia ineludible del acto de gobierno "par nature", y como categoría conceptual autónoma distinta del acto administrativo, que por variados motivos —ya políticos, ya jurídicos...— debe quedar al margen de un control en la vía contencioso-administrativa*» (pàg. 77); les tesis negadores o negatives de l'acte de govern (Duez, Virally i Gros), que neguen «*la posibilidad, en el nuevo marco de un Estado de derecho y democrático, de unos actos inmunes por naturaleza al control judicial*» (pàg. 78), i les tesis intermèdies, que «*sin desconocer la existencia del acto de gobierno, intentarán limar al máximo sus efectos anticontentieux, reclamando la traslación de la teoría general de la responsabilidad patrimonial del Estado, que lo posibilitaría, si no su control absoluto, al menos la reparación de las consecuencias perjudiciales producidas en la esfera de los particulares*» (pàg. 78).

Pel que fa a l'acte de govern en el dret espanyol —segona part del llibre ressenyat—, la seva consagració legal es produeix en el període històric de la restauració borbònica. Serà la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 13 de setembre de 1888, més coneguda com a Llei de Santamaría Paredes, la que modelarà l'acte de govern o polític «*como una suerte de actos que, por enten-*



*derse referidos a materias que pertenecen señaladamente a la potestad discrecional, se excluyen de la cláusula general de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa»* (pàg. 271). Més concretament, l'encarregat de determinar l'exclusió expressa de coneixement per part dels òrgans judicials d'aquesta mena d'actes serà l'article 4 del Reglament d'execució d'aquesta Llei de 29 de desembre de 1890, on per primera vegada tindrà un reconeixement legal exprés a Espanya el concepte d'acte de govern, en què s'entén que «*las cuestiones que pertenezcan al orden político o de gobierno se configuran en este marco legal como correspondientes señaladamente a la potestad discrecional*» (pàg. 303). L'estudi jurisprudencial que en fa l'autora, igualment acurat i fins ara desconegut, revela que, a l'igual del que passava a França, serà per la via jurisprudencial la manera com el concepte d'acte de govern anirà adquirint consistència a partir de la Llei de Santamaría Paredes.

Amb l'actual Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 27 de desembre de 1956 va tenir lloc una transformació vital en el concepte d'actes de govern entesos com a «*actos esencialmente distintos, por ser una función administrativa y otra función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales*» (pàg. 273).

L'article 2.b d'aquesta Llei va eliminar del coneixement de la jurisdicció contenciosa administrativa totes aquelles qüestions relacionades amb els actes polítics de govern.

Així, com assenyala encertadament la professora Nuria Garrido, «*en esta época se da lo que podemos llamar como "la lucha contra las inmunidades de poder" en la que nuestra mejor doctrina se empeñará hasta sus últimas consecuencias*» (pàg. 273).

Amb la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956 tot allò polític deixa de pertànyer a l'ordre administratiu, a la qual cosa se suma el fet que els actes polítics deixen de ser considerats actes administratius discrecionals. Atesa aquesta situació, s'acull la teoria de la naturalesa de l'acte i s'abandona la doctrina del mòbil polític.

En aquest punt tampoc no cal passar per alt la connexió que hi ha entre el concepte d'acte de govern i el context polític franquista en què es desplega. I és que, com assenyala Nuria Garrido, «*el acto político del franquismo cobra su pleno sentido en relación con la idea política de las instituciones y del propio derecho reinante*» (pàg. 401).

Després de la dictadura franquista s'inicia la lluita doctrinal contra les immunitats de poder i es planteja el gran problema de la definició conceptual de l'acte de govern, sobretot si tenim en compte que, després de l'aprovació de la CE, continua vigent la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956.

D'acord amb això, Nuria Garrido ens anuncia que els problemes essencials amb què ens haurem d'enfrontar després de la CE són la redefinició en un nou model d'Estat social i democràtic de dret i els seus pressupostos: sotmetiment de tots els poders públics al dret; l'aparició d'un catàleg de drets fonamentals, privilegiat pel de la tutela judicial efectiva; la reinstauració del principi de sotmetiment de tots els poders públics al dret; l'arbitrarietat; la reinstauració del principi de divisió de poders i la separació total entre Govern i Administració que eradica la confusió existent entre ambdós en èpoques anteriors, o el sorgiment de les noves instàncies de govern com a fruit de la descentralització política i territorial.

Malgrat tot, fins a l'any 1988 va ser poca o més aviat cap l'atenció que es va donar a l'acte de govern en virtut de totes les novetats que van sorgir arran del text constitucional: la doctrina era unànime; tothom afirmava l'existència i la legitimitat de l'acte de govern amb la subsistència consegüent d'una activitat governativa exempta del control judicial, encara que amb límits ben definits. L'autora s'encarrega de revisar i aprofundir aquestes noves perspectives que la van portar a mantenir una posició clara en el debat sobre l'acte de govern: «*apostar por su perfecta acomodación al sistema, su legitimidad en el nuevo marco e incluso la necesidad de su existencia*» (pàg. 472).

Ara bé, en el nou marc constitucional, si bé és cert que l'acte de govern deixa de ser enjudiciable, almenys en els seus elements polítics o no reglats, davant la jurisdicció contenciosa administrativa, això no és cap obstacle per a l'existència d'un altre tipus de control que elimini la seva immunitat a tota intervenció i deixi de situar-lo al marge del dret, tal com havia passat en èpoques anteriors. I és que tots els poders públics, incloent-hi el Govern i els seus actes, queden sotmesos a la Constitució i la resta de l'ordenament (art. 9.1 de la CE). Per això, la tesi de la professora Garrido és la d'un doble tipus de control: jurídic, pel Tribunal Constitucional, i polític, pel Parlament, en consonància amb el text constitucional, tenint sempre en compte —tal com assenyala l'autora— que aquest control parlamentari té les seves limitacions i defectes. Nuria Garrido es mostra clarament a favor d'un control jurídic per part del Tribunal Constitucional.

La problemàtica a la qual dedica l'autora una atenció especial sorgeix en aquest punt en relació amb els ens locals i els seus actes de govern, ja que es consi-

deren poders simplement administratius i en els quals és palès que no hi ha cap òrgan parlamentari al seu nivell.

Tot i així, quan el que sigui objecte de debat siguin qüestions merament polítiques, és un excés manifest —segons el parer de Nuria Garrido— aplicar les regles administratives contingudes en la Llei de procediment administratiu.

Així, l'autora determina que l'acte de govern, després de la CE, es defineix per la seva naturalesa peculiar, que deriva de la competència constitucional de direcció política i no pel mòbil polític que es pugui incorporar en qualsevol decisió.

En conclusió, l'acte de govern no ha perdut gens ni mica d'importància i continua sent un dels temes més polèmics i controvertits del dret públic. Una controvèrsia que, com ja hem vist, va arrencar en el seu origen mateix i continua actualment amb plena vigència. Bona prova d'això és aquest profund estudi dogmàtic, jurisprudencial i legal que realitza Nuria Garrido i en el qual estableix que «[...] *esta categoría de actos del poder ejecutivo continúa en el ojo del huracán de una discusión que en ningún modo podemos entender cerrada*» (pàg. 725).

La tesi de l'autora apareix refermada per l'acte recent del Tribunal Suprem de 16 de febrer de 2000, afer «Pinochet», per tal com qualifica com a acte de govern, exempt del control judicial, la negativa del Govern espanyol de sol·licitar al Govern britànic l'extradició del general Augusto Pinochet.

Finalment, només em resta recomanar la lectura d'aquesta magnífica obra, la repercussió de la qual en la doctrina científica queda ben palesa en el pròleg del professor García de Enterría dins la quarta edició de la seva obra *Jueces, democracia y control de la Administración* (Civitas, 1998).

Sonia Ruiz