1. RECENSIONES

Sosa Wagner, Francisco, *La gestión de los servicios públicos locales,* 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1999, 244 pág.
—, *Manual de derecho local,* 4ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, 262 pág.

1. *La gestión de los servicios públicos locales*

Destaca el profesor García de Enterría en el prólogo la importancia del libro del que damos noticia, al no existir en nuestra bibliografía un tratamiento monográfico sobre la gestión de los servicios locales desde la obra de Albi (*Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*) publicada en 1960. Los trascendentales cambios que han tenido lugar en los 40 años posteriores urgían a que alguien intentase la ardua y complicada tarea de construir y sistematizar el vasto mundo de la gestión de los servicios locales. Y ese alguien no podía ser otro que el profesor Francisco Sosa Wagner, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de León, acreditado municipalista español y europeo, y persona querida por todo el mundo universitario por sus cualidades humanas y su constante optimismo. Conocidísimos son sus trabajos sobre el mundo local. Así, por citar alguno de ellos destacaríamos: «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 corporaciones 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 y «Control contable y presupuestario de las corporaciones locales», en la revista *Presupuesto y Gestión Pública*, 1982, entre otros.

La importancia del libro que recensionamos reside principalmente en su estructura y contenido, tanto en las formas como en el fondo. En las formas, pues está escrito de manera clara, metódica, ordenando lo que tiene difícil orden, estructurando lo que en sí tiene poca o nula estructura; en el fondo, porque el profesor Sosa empieza desde arriba y acaba en lo más abajo, desarrolla la teoría general, el armazón de la institución y desciende a la cuestión más concreta y puntual, desgranando todas las pequeñas o grandes cuestiones que encuentra a

su paso. Y eso lo hace en un tema como la gestión de los servicios públicos en el mundo local, que es clave en las relaciones Administración pública-ciudadanos y de cuyo funcionamiento eficaz depende el grado de modernidad de un país.

El libro se inicia con un examen de los principios que nutren el art. 128 CE y que enmarca el ejercicio de actividades económicas y la prestación de servicios por las corporaciones locales, precepto que servirá de sostén para el desarrollo de los temas más concretos que se aborden en las páginas siguientes. Ese apartado se completa con el examen de las potestades de la Administración local en relación con sus servicios, y los límites que en ese sentido deben respetar los poderes públicos.

El capítulo II va referido a la forma de gestión directa de los servicios públicos. Destaca el autor que esta forma de prestación de servicios se denominó históricamente como gestión directa al ser asumida por los propios órganos del municipio, cosa que sólo ocurre parcialmente en la actualidad, pues varias de las formas de gestión directa (así, la realizada mediante la creación de un organismo autónomo local, antes fundación pública de servicios; las fundaciones; gestión mediante sociedad de capital íntegramente público) están revestidas de personalidad jurídica propia independiente de la que ostenta la entidad local.

En este apartado, rico en ideas y matices, destacaríamos al azar algunas cuestiones que nos han llamado la atención. Por un lado, la regla general del artículo 95.1 del texto refundido de disposiciones legales vigentes de régimen local de 1986, a cuyo tenor los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa. La realidad, sin embargo, impone según el autor interpretar esa máxima de manera flexible o debilitada; la existencia de la figura de la concesión y otras realidades (policías privadas que custodian todo tipo de instalaciones) así nos lo indican.

Especialmente brillante resulta la crítica que se hace en relación con las sociedades de capital íntegramente público y la Ley de contratos de las administraciones públicas.

De acuerdo con lo previsto en su artículo 155.2 (hoy tras la reforma incorporada en el texto refundido de la Ley de contratos 2/2000, de 16 de junio, art. 154.2), las disposiciones del título referido al contrato de gestión de servicios públicos (el segundo del libro segundo) no son aplicables en el caso de creación de una sociedad en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Esta exclusión responde al hecho de que, si bien es verdad que al crearse la sociedad se está dando origen a una nueva persona jurídica y se cumple con ello el requisito indispensable para contratar, a saber, el de la existencia de dos personas distintas, es bien cierto asimismo que no tendría sentido la aplicación de reglas como las que se refieren a actuaciones preparatorias, formas de adjudicación o extinción (objeto de los art. 159 y ss.), porque la Administración, al recurrir a la creación de una persona jurídica (y esto vale tanto para la pública como para la privada), no está contratando sino ejerciendo su potestad de organización de los servicios públicos, que es una de las que definen con mayor nitidez el especial estatus de las administraciones públicas.

Ahora bien, la solución del artículo 155.2 LC, a juicio del autor, peca de apresurada porque no existe ninguna razón para que muchos de los preceptos contenidos en el título segundo del libro segundo de la misma no se apliquen a los servicios públicos gestionados por

sociedades de capital íntegramente público. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 162, que contiene las obligaciones generales del contratista: prestar el servicio con continuidad, cuidar del buen orden, indemnizar de los daños que se causen o respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad respecto de las empresas de estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio en los contratos de suministro, consecuencia de la gestión de un servicio público (párrafo *d* de este artículo 162). Es decir, que a un concesionario se le impone respetar todos esos principios y, en especial, este de nueva factura que consiste en no discriminar a los empresarios de un espacio geográfico extraordinariamente dilatado, pero no así a la sociedad íntegramente pública. ¿Qué sentido puede tener esta exclusión?

A nuestro juicio, incluso deberían aplicarse los actos preparatorios de los contratos que celebra la sociedad con terceros y así respetar los principios de publicidad y libre concurrencia que impone la disposición adicional sexta de la Ley, así como el artículo 2 LC para algún tipo específico de contratos.

Los capítulos III, IV y V se dedican a estudiar con brillantez y claridad expositiva los formas indirectas de prestación de los servicios públicos. Se inicia esta parte del libro con el análisis de la siempre polémica figura de la concesión de servicios públicos, haciendo un detallado repaso de cada una de las cuestiones generales que el derecho (público o privado) tiene planteadas al respecto. Así, se examinan el concepto y naturaleza jurídica de la concesión, la preparación y adjudicación de la misma, las obligaciones y derechos del concesionario, la posición de los terceros usuarios, la interrupción de la relación concesional mediante la técnica de secuestro y la extinción de la relación concesional y sus motivos o causas.

A nuestro juicio, sería oportuno hacer un comentario, en esta parte, sobre las posibles modificaciones que ha introducido la Ley 4/1999 acerca del régimen de responsabilidad patrimonial y la unificación de jurisdicciones operada por el nuevo artículo 144 LRJPAC. ¿Afecta a los concesionarios de servicios públicos?

Posteriormente se examinan otras formas indirectas de prestación de servicios como la gestión interesada en la que el gestor, explica el profesor Sosa Wagner, comprometido en la prestación del servicio público, cuenta, de un lado, con la colaboración de la Administración (que frecuentemente aporta una parte relevante de las instalaciones necesarias para su desarrollo) y, de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz del servicio público encomendado.

Asimismo se hace un repaso tanto del concierto como del arrendamiento, figura esta última que todavía, a juicio del autor, subsistiría en nuestro ordenamiento jurídico.

Uno de los capítulos más interesantes y al mismo tiempo brillantes de la obra de que damos noticia es el dedicado al régimen jurídico de la sociedad mixta que gestiona servicios públicos. Ahí se destacan importantes ideas, a saber:

a) Que las empresas mixtas, es decir, aquellas cuyo capital social sólo en parte pertenece a la entidad local, no pueden ejercer funciones de autoridad y, en concreto, no pueden imponer sanciones

(STS de 29 de diciembre de 1987). La misma regla se impone, añadiríamos nosotros, para las empresas en que participa la Administración general del Estado, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE.

b) Debe distinguirse entre sociedades mixtas que actúan en el mercado, las cuales se someterán sin más tutelas, controles ni privilegios a las reglas del mercado, y sociedades que gestionan servicios públicos en donde siempre subsistirá por parte de la Administración un poder de control y dirección, inherente a su propia titularidad (así, la STS de 20 de junio de 1986).

c) La legislación de contratos, al excluir las reglas del contrato de gestión de servicio público cuando el mismo se efectúe no sólo mediante entidades de derecho público sino también con sociedades privadas de capital exclusiva o mayoritariamente participado por la Administración (art.155.2), crea un embrollo jurídico, pues carece de sentido extraer a esas sociedades del respeto de los principios de publicidad y libre concurrencia, es decir, las actuaciones preparatorias, formas de adjudicación y extinción. En ese sentido no podría admitirse, por ejemplo, que la Administración pudiera elegir libremente, sin ningún mecanismo de control, a los empresarios que aportaran parte del capital y que se beneficiaran de la gestión del servicio público. Ese es, a nuestro juicio, el camino que debe explorarse intentando evitar que mediante la creación de estas sociedades se puedan obviar los grandes principios constitucionales del derecho público recogidos en la Ley de contratos de las administraciones públicas.

d) Se admiten distintas formas sociales en la sociedad mixta: sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, sociedad comanditaria (forma societaria discutida pero que el autor cree posible, a pesar de la dicción del artículo 105 TRRL), sociedades laborales, sociedades cooperativas, sociedades de garantía recíproca, etc. El autor analiza en este punto las distintas opciones y peculiaridades cuando es el ente local el que pretende prestar el servicio de esa manera. Niega por ello que las sociedades anónimas deportivas, por el fin que persiguen (ganar las competiciones oficiales deportivas), puedan crearse para gestionar un servicio público.

e) Se hace repaso asimismo de algunas especialidades y privilegios de la entidad cuando es socio una Administración local, así como algunas especialidades orgánicas manifestadas en la estrecha relación consejo de administración-ente local y si este último puede dar instrucciones u órdenes al primero.

f) Finalmente se hace una referencia al régimen de transformación, fusión, disolución, liquidación y escisión.

El libro finaliza con un examen de los consorcios y otras formas de gestión de servicios y un breve análisis de las tasas y los precios de los servicios públicos.

En definitiva, un importante libro que aborda un no menos importante tema en el actual devenir del Estado de derecho y que constituye, sin duda, una pieza básica e imprescindible de nuestra literatura científica. Nada se puede hacer ya, en el mundo de los servicios locales, sin haber consultado esta magnífica obra.

2. *Manual de derecho local*

Tradicionalmente, la Administración local, pese a ser de entre los poderes públicos el más cercano al ciudadano, ha sido también la cenicienta de los estudios del derecho administrativo español. Su nula autonomía, su configuración

como una pieza más del sistema autoritario vigente durante cuarenta años, la invasión de sus competencias por el Estado, la designación desde la Administración central del alcalde y presidente de la Diputación, su insuficiencia económica explicarían, salvo excepciones, ese desinterés. Sin embargo, el nuevo derecho local surgido tras la Constitución ha provocado durante los más de veinte años de ayuntamientos democráticos una renovada ilusión — un nuevo aliento histórico dirá el profesor Sosa— de la doctrina científica que está ayudando sin duda a identificar a las corporaciones locales con los ciudadanos y a encontrar su papel en el Estado compuesto, tan necesario para que los servicios públicos sean prestados de forma eficaz.

Y es en ese contexto donde nació este *Manual de derecho local,* del profesor de la Universidad de León Francisco Sosa Wagner y del que hoy damos noticia al ver la luz su cuarta edición, edición profundamente renovada al incluirse en ella tanto las leyes que forman parte del llamado Pacto local de 1999 como las demás novedades legislativas (en especial la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, y la Ley 13/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa) y jurisprudenciales que han afectado recientemente al ámbito local.

Este es un libro hecho con la pretensión —dice el propio autor— de hacer llegar a los más lo que, por su complicación, parece destinado a los menos. Tiene, por tanto, una clara vocación didáctica y divulgativa del ordenamiento español de las corporaciones locales. El secreto de la obra es el hacer fácil lo difícil, el ordenar y explicar de forma racional y con sentido un, a veces inabarcable, conjunto de leyes y disposiciones que influyen en el funcionamiento diario de la Administración y el gobierno local, dando a todo ello un enfoque sistemático. En definitiva que el ordenamiento local sea, en el sentido de Santi Romano, un auténtico ordenamiento. O si se quiere, y de acuerdo con el significado que le da a ese concepto la Real Academia: «que cada cosa» (esto es, la abundantísima legislación, la no menos abundante jurisprudencia y la multiplicidad de estructuras organizativas del mundo local) «ocupe el sitio que le corresponde». Sólo así la globalidad del sistema puede adquirir sentido. Y eso es precisamente lo que consigue este magnífico libro: explicar de forma sencilla y coherente lo que a veces resulta complejo y contradictorio o simplemente troceado. Y cuando no es posible encajar de forma humana las distintas piezas, al autor, con sus particulares expresiones no exentas de genuino humor, no le duelen prendas hacer una contundente crítica. Así ocurre cuando discrepa de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5 LBRL, realizada por la STC de 21 de diciembre de 1989, «no obstante lo cual su sombra es alargada —dirá— por lo que su contenido, aún con la indeleble mancha que el Tribunal ha arrojado sobre él, no puede ser ignorado»; o respecto de la misma sentencia al criticar la declaración de inconstitucionalidad del art. 20 LBRL, que establecía la prioridad del reglamento orgánico sobre la Ley de la comunidad autónoma, lo que a juicio del autor nos «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». Para concluir su argumentación diciendo:

«¿Habrá 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 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 potestad 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 cuando, al referirse al confusionismo reinante sobre quién ostenta la competencia en una materia tan importante en los tiempos que corren como es la defensa del consumidor (si la Administración estatal, la autonómica o la local) exclama: «¡Ah, si Posada Herrera levantara la cabeza y viera en qué ha quedado el viejo y municipal inspector de abastos!», en referencia a la obra del magnífico jurista por el propio autor resucitado en un no menos magnífico libro. También ocurre, por último, cuando al intentar explicar lo inexplicable, esto es, la adecuación a la LRJPAC de los procedimientos administrativos en materia de régimen local y en particular el tema del silencio administrativo dice que, por ejemplo, «el legislador canario ha autorizado al Gobierno para que mediante decreto adecue su ordenamiento a la legislación básica». Fruto de esa singular habilitación —afirma el profesor Sosa— es el Decreto de 29 de julio de 1994 «que ha hecho mangas y capirotes 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 libro, muy bien estructurado como queda dicho, se inicia con una breve pero sustanciosa evolución histórica de la Administración local en España desde los primeros asentamientos de pobladores en la península Ibérica hasta nuestros días, haciendo especial hincapié en los rasgos generales de cada periodo. En un segundo apartado se analizan los grandes principios que rigen el régimen local tras la Constitución de 1978. Aquí destaca el brillante estudio de las competencias locales, auténtica piedra angular del sistema.

Las aportaciones del autor en este punto son importantes sobre todo por lo que hace referencia al párrafo 1 del artículo 25 LBRL, que permite al municipio «promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal», pero subordina la actuación municipal a que se haga «en el ámbito de sus competencias». Es lo que ha venido a denominarse cláusula de atribución general de competencias. Ahí el autor llena de contenido la misma, frente a la creencia mayoritariamente sostenida hasta ahora al sostener que más allá de las competencias que atribuyan las leyes, existe en nuestro ordenamiento una presunción de competencia en favor del municipio siempre que se refieran a asuntos que directamente afecten al círculo de sus intereses, entendiendo por tales aquellas tareas o cometidos que se hacen presentes y pueden ser resueltos dentro del espacio territorial del municipio sin que la simple proyección de un problema fuera de las fronteras municipales lo convierta sin más en supralocal (así lo admite la STS de 21 de mayo de 1997 —RJ 1997, 5941). Esta interpretación, de hondo calado como se ve, ha venido a

reforzarse como consecuencia de la aceptación progresiva en el marco del derecho europeo —dirá el autor— (aun en la forma tibia que lo hace el Tratado de Amsterdam, anexo, apartado 5, ratificado por Ley orgánica 9/1998) del principio de subsidiariedad que exige, como dice el Tribunal Supremo, «la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos que se encuentren en condiciones de ejercerlas» (Sentencia de 3 de abril de 1998 —RJ 1998, 3372). El mismo Tribunal Supremo ha acuñado una expresión que puede hacer fortuna en el futuro y es la de «primacía de la voluntad municipal» (Sentencia de 20 de febrero de 1998 —RJ 1998, 1603) para aludir a la preferencia del interés local cuando éste se ha manifestado de forma legalmente correcta.

En los siguientes capítulos se examinan los entes que componen la Administración y el gobierno local, esto es: el municipio, la provincia y otros entes locales como la comarca (que el autor duda de que sea un ente territorial, dada la dicción literal de la legislación básica), las áreas metropolitanas, las mancomunidades y otras organizaciones asociativas. La sistemática que aquí se sigue es impecable y el manejo de las fuentes y de la jurisprudencia está totalmente al día. Hay que saber mucho para en tan pocas páginas explicar todos esos complejos temas de forma tan clara y amena. Y no es hipérbole ni cosa que se le parezca.

En el capítulo seis se examinan las reglas comunes a las entidades locales, abordando temas claves y actuales que tiene planteados el mundo local.

De ese modo, y además de otras cuestiones capitales pero ya clásicas (así, la potestad normativa y sus límites, las reglas de funcionamiento, las relaciones interadministrativas, el estatuto de sus miembros), se abordan de forma absolutamente novedosa la adecuación a la LRJPAC de los procedimientos administrativos locales, la información y participación ciudadana y, sobre todo, el régimen de impugnación de acuerdos y ejercicio de acciones, donde se hace un repaso y un nuevo esfuerzo clasificador de toda la amalgama de posibilidades impugnatorias previstas en nuestro ordenamiento, con especial mención de las vías previstas en los art. 65 y ss. LBRL. La capacidad de síntesis vuelve aquí a brillar con luz propia.

Por fin, la última parte del libro analiza distintos problemas sectoriales fundamentales en el ámbito local. De ese modo se pone orden al régimen del personal al servicio de las corporaciones locales (capítulo VII), se desmenuza la problemática de los bienes de esas corporaciones (capítulo VIII), se examina el tema de la contratación, tan confuso por lo que hace referencia al ámbito subjetivo y objetivo de la Ley de contratos (capítulo IX), se sintetiza el capital problema de la gestión de los servicios públicos locales y sus formas de prestación, en el que el profesor Sosa es un especialista (capítulo X), y, por último, se añade un capítulo destinado a las haciendas locales.

En definitiva, un manual que además de colocar al Gobierno y a la Administración local en el sitio que constitucionalmente se merece, constituye, sin duda, la auténtica carta de navegación de los estudiosos y prácticos del derecho local. Por todo ello felicitamos al autor y, al mismo tiempo, nos felicitamos todos los que creemos en la importancia de la Administración local para el buen funcionamiento del Estado de derecho. Libros como éste ayudan a poner cada cosa en el sitio que se merece.

Juan Manuel Trayter

López Bofill, Héctor, *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria.* Instituto de Estudios Autonómicos, Marcial Pons. Madrid, 1999, 126 pág.

I

Alguien dijo que las verticales se encuentran en el centro de la tierra, en el sentido de que si el tema de análisis escogido es de gran amplitud, se corre el riesgo de arañar sólo la superficie, mientras que cuanto más concreto, más fácilmente se accederá al núcleo de la cuestión. Héctor López Bofill logra ofrecernos exactamente el «centro de la tierra». El objeto sobre el que construye el modelo subsidiario de relaciones entre la jurisdicción ordinaria y constitucional se concreta en *el conflicto positivo de competencias cuando se proyecta sobre normas de rango infralegal.*

Esta obra se configura como una pieza singular en el marco de la revisión de las disfuncionalidades que en estos momentos de su evolución plantea el sistema de jurisdicción constitucional concentrada. Responde a la necesidad de revisión de las relaciones, innegables, entre jurisdicción ordinaria y constitucional en la solución de los conflictos de competencia, a través del análisis crítico de las diversas aportaciones doctrinales y juriprudenciales. El autor identifica sus respectivos talones de Aquiles, a los que dirige la saeta mortal de sus argumentos. Ofrece así un nuevo modelo capaz de superar las deficiencias identificadas, sin perder nunca de vista el contacto con la realidad de la práctica judicial en este ámbito.

Esta monografía, sobre un tema escasamente tratado en profundidad, tiene su origen en el trabajo final de investigación (tesina) de los estudios de doctorado en derecho público. El mencionado trabajo de investigación fue defendido públicamente en junio de 1998, y obtuvo la máxima calificación de la comisión evaluadora, formada por el Dr. Marc Carrillo, el Dr. Carles Viver i Pi Sunyer y el Dr. Antoni Bayona.

Es preciso destacar en este momento, antes de proceder a la exposición de sus contenidos, el carácter interdisciplinar del presente trabajo, cuyo interés no se circunscribe tan sólo al derecho constitucional, sino que se extiende al derecho procesal y al administrativo.

II

Los procedimientos a través de los que se canalizan los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional no son unívocos, situación que no deja de ser en cierta medida confusa. El título IV LOTC regula los conflictos positivos y negativos (con diferencias procedimentales). El conflicto positivo se vehicula a través del recurso de inconstitucionalidad si el objeto es una ley, y a pesar de que pone de relieve las dudas que ello puede generar desde un punto de vista procesal, lo excluye del objeto de estudio, para centrarse en el conflicto positivo respecto a normas infralegales. Por último, el título V LOTC, que prevé la impugnación de las disposiciones de rango infralegal de las comunidades autónomas, se tramita por el procedimiento regulado para el conflicto positivo; esta peculiar modalidad sí será objeto de atención.

Su propuesta no se construye en el vacío, pues cuenta con un apoyo específico de carácter constitucional. Así que, ya desde buen principio, analiza los preceptos constitucionales (106.1, 153.*c* CE) en los que se apoyará, desde el punto de vista del derecho positivo, la tesis

sostenida. Teniendo en cuenta que el art. 106.1 CE, en conexión con el art. 6 LOPJ, atribuye a los tribunales ordinarios el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y que uno de los parámetros del control es la Constitución española, de ello tendría que deducirse que éstos también podrán inaplicar las normas infralegales vulneradoras del sistema de distribución competencial (contenido en la Constitución). En contra de esta interpretación, Rubio Llorente alega la especialidad de los conflictos de competencia (art. 161.1.*c* CE) como excepción a la regla general del art. 106.1. Héctor López Bofill argumenta que de la especialidad no deriva la exclusividad y 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».

El autor puede resultar atrevido en sus propuestas, como demuestra su intento de superar el sentido literal del art. 6 LOPJ. Mientras éste únicamente prevé la posibilidad de *inaplicación* de los reglamentos o disposiciones contrarias a la Constitución o a las leyes, sería necesario admitir que, puesto que los tribunales ordinarios contrastan los reglamentos con la Constitución, «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 olvida que la «cuestión de legalidad» introducida por la modificación de la LJCA establece la posibilidad de declarar la nulidad de normas reglamentarias, si bien la considera insatisfactoria porque tal control no abarca aspectos de constitucionalidad.

III

Seguidamente procede de forma directa, con gran claridad expositiva y mediante una brillante argumentación, a la presentación y crítica, siempre razonada y fundamentada, de los modelos existentes de relaciones entre jurisdicción ordinaria y constitucional en la solución de los conflictos de competencia: el exclusivismo, la alternatividad y el denominado exclusivismo en sentido débil.

A) *Exclusivismo*

Este modelo, de monopolio del Tribunal Constitucional, tal y como su denominación indica, se caracteriza por el afán acaparador del Tribunal. En otras palabras, el conjunto de todo lo que son conflictos de competencia, en sus diversas variables y, por lo tanto, también aquellos que se proyectan sobre normas infralegales, se sitúan en manos del Tribunal Constitucional, con total exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa; y así lo ha defendido dicho Tribunal. El autor halla una grieta en esta línea jurisprudencial (STC 88/1989), aunque carente de continuidad en la opinión de la mayoría del Tribunal. Se incluye la referencia de un buen número de sentencias, a veces comentadas en las notas a pie de página, cuya lectura no debe obviarse, pues siempre resultan esclarecedoras y contribuyen a ampliar el debate.

En relación con las deficiencias de dicho modelo, destaca su ceguera ante la realidad de la práctica judicial, puesto que la jurisdicción contencioso-administrativa ya resuelve controversias de carácter competencial. De hecho, es el Estado el que en ocasiones prefiere canalizar la impugnación de normas infra-

legales a través de dicha jurisdicción, renunciando al privilegio de la suspensión que le ofrece el art. 161.2 CE.

Consecuencia del exclusivismo llevado al extremo es «el efecto expansivo del TC como juez de constitucionalidad de normas de rango infralegal». Esta posibilidad se ve favorecida por el hecho de que a través del título V LOTC el Tribunal Constitucional posee competencia sobre todo tipo de disposiciones de rango infralegal de las comunidades autónomas, por cualquier clase de vicio de inconstitucionalidad, y no sólo respecto de aquellos que afectan a la distribución competencial. Esta situación amenaza con saturar al Tribunal Constitucional en un momento en que la preocupación estriba en reducir el número de asuntos que le llegan.

La crítica al exclusivismo se acompaña en este punto con la del título V LOTC, fundamentada en: la confusión de vías procesales que genera; la extensión del control a disposiciones de rango infralegal (sólo de las comunidades autónomas) por cualquier vicio de inconstitucionalidad; y la previsión de la suspensión automática, de forma que las comunidades autónomas quedan en manifiesta posición de desigualdad respecto al Estado. El autor incluso llega a afirmar un posible vicio de inconstitucionalidad. Concluye con las siguientes palabras: «la concentración en el juicio de constitucionalidad que representa el Título V LOTC —así como el título IV— difícilmente encaja con la producción masiva de normas reglamentarias por parte de diversos centros de poder».

Por último, considera el exclusivismo contrario a los art. 106.1 y 153.*c* CE, al sustraer a los tribunales ordinarios la competencia para el control constitucional de disposiciones infralegales, ya que los citados artículos no permiten suprimir la intervención previa de la jurisdicción ordinaria cuando se trate de normas infralegales. No debe olvidarse que en un Estado social y democrático de derecho los jueces ordinarios son también jueces de constitucionalidad.

B) *Alternatividad*

La alternatividad supone la posibilidad de plantear el conflicto competencial (siempre referido a disposiciones de rango infralegal) indistintamente ante cualquiera de ambas jurisdicciones.

No obstante, la falta de un sistema que estructure las relaciones entre ambas jurisdicciones (y determine cuestiones como la legitimidad activa, los efectos de las sentencias o la posibilidad de recurso) provoca que este modelo, desde su vertiente más radical, sea insostenible debido a la inseguridad jurídica que supone.

La crítica se centra en dos disfuncionalidades: la *contradicción*, que vendría generada por la ausencia de técnicas de comunicación que articulen la dualidad jurisdiccional; y la *indefensión*, ante la de-claración en sentencia de la falta de jurisdicción, dada la inexistencia de criterios que determinen el tribunal competente.

C) *Exclusivismo en sentido débil*

Héctor López Bofill atribuye dicha nomenclatura a aquel modelo que centra su atención en la redefinición del conflicto constitucional de competencia reduciendo su ámbito, y atribuyéndolo de forma monopolística al Tribunal Constitucional. Todo cuanto no tuviera cabida en el concepto redefinido quedaría bajo el control de la jurisdicción contenciosa.

La piedra angular reside en la posibilidad de ofrecer una definición inequívoca de lo que se considera conflicto de competencia, presupuesto esencial de este modelo que no se alcanza satisfactoriamente.

La indeterminación e inseguridad jurídica que caracterizan dicho modelo aconsejan su abandono. Para concretar, el autor descarta la definición del concepto de conflicto constitucional a través de la distinción entre titularidad y ejercicio afirmando 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». Asimismo, rechaza el concepto basado en la existencia de diferencias de interpretación fundamentadas directamente en preceptos del bloque de la constitucionalidad. Por último, tras un examen del modelo alemán, concluye que de ahí tampoco puede extraerse un concepto inequívoco que haga viable el exclusivismo en sentido débil, aprovechando para sugerir un audaz modelo subsidiario a partir del análisis de los preceptos de la Ley fundamental de Bonn y de la Ley alemana de jurisdicción administrativa.

IV

Héctor López Bofill no se limita al análisis y crítica de los modelos existentes, sino que audaz y razonadamente propone un sugerente modelo subsidiario de solución de los conflictos positivos de competencia referidos a normas infralegales. Su configuración pretende superar las deficiencias identificadas en los anteriores modelos, si bien topará asimismo con algunas dificultades.

El modelo propuesto se concreta, en palabras del propio autor, en lo siguiente: «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 pie, de cuyo valor ya se ha advertido, indica que sólo Cruz Villalón y Borrajo Iniesta habían apuntado en alguna medida tal posibilidad, aunque con diferencias.

Insiste en que el modelo propuesto no exige reforma constitucional alguna y que, a tenor de la literalidad de la Constitución española, el conflicto positivo de competencias (161.1.*c*) puede ser interpretado subsidiariamente, manteniendo el carácter de auténtico conflicto.

Sin embargo, este modelo no carece de obstáculos. El propio autor señala los elementos que pueden oponerse a su viabilidad, lo que le permite anticiparse a las críticas. Se trata de: el requerimiento previo de incompetencia (art. 62 y ss. LOTC) y la suspensión automática a favor del Estado (art. 161.2 CE). Se manifiesta a favor de la supresión o reformulación de unos mecanismos que turban la posición de paridad de las partes en el conflicto, otorgando una posición de supremacía al Estado central en detrimento de las comunidades autónomas.

En cuanto al *requerimiento previo* (preceptivo para las comunidades autónomas), en el modelo subsidiario perdería su virtualidad al existir previamente un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria. Su preservación sólo tendría sentido en la fase anterior al proceso ante la jurisdicción ordinaria.

En referencia a la *suspensión automática*, defiende su sustitución por una suspensión material y razonada según las circunstancias del caso y anticipa que acabaría por ser inoperante.

La configuración que ofrece de su propuesta es bastante detallada, así que a continuación procede al análisis de otros elementos condicionantes del modelo subsidiario que permiten una comprensión global del mismo (competencia, legitimación, objeto, efectos de la sentencia). Aunque no podemos profundizar en cada uno de ellos, porque excederíamos los márgenes de una recensión, sí apuntaremos algunas cuestiones.

Respecto de la legitimación activa, con el acceso de los particulares se supera la crítica de indefensión que se oponía al modelo exclusivista. Ahora bien, hay que tener en cuenta para evitar confusiones —ya que el autor sólo hace referencia a ello en las conclusiones— que el modelo no es subsidiario para los particulares, pues éstos no gozan de legitimación ante el Tribunal Constitucional para interponer un conflicto positivo de competencia. Su acceso al Tribunal Constitucional debería ir precedido o de una reforma constitucional o de una extensión del art. 24 CE que el autor no juzga aconsejables dado el peligro de saturación. Por lo tanto, los beneficios de la subsidiariedad no se reconocen para los particulares. La autocrítica sobre la posibilidad de error judicial en sede ordinaria es resuelta asegurando que se trata de una situación que difícilmente se produce.

En cuanto a la legitimación de las corporaciones locales, conforme al modelo subsidiario, la protección de la autonomía local se situaría en la jurisdicción ordinaria. El autor se suma a la reflexión crítica sobre la nueva vía procesal introducida a través de la reforma de la LOTC («conflictos en defensa de la autonomía local») que podría reinterpretarse como un recurso de inconstitucionalidad encubierto, y por tanto vulnerador del art. 161.1.*a* CE al ampliar subrepticiamente el número de legitimados para interponerlo.

En las reflexiones sobre el objeto coloca en el ámbito de la jurisdicción ordinaria el control de los decretos legislativos *ultra vires*, en tanto que su exceso supone la pérdida del rango legal, así como el de los convenios de cooperación. Para finalizar, y en relación con la reiterada negativa a la abstracción de los conflictos de competencia, aporta diversos argumentos en contra de la eficacia *erga omnes* de las sentencias recaídas, hallando en la declaración de titularidad (art. 66 LOTC) la mayor dificultad.

V

Verdaderamente merece la pena la lectura de esta obra que, en el terreno del conflicto positivo de competencias, analiza, con gran rigor científico, la siempre polémica cuestión de la relación entre la jurisdicción ordinaria y constitucional. Realiza un meticuloso análisis de los modelos existentes. Y, en especial, propone un modelo innovador que suscita el debate sobre su viabilidad, y que debería trascender e inspirar un replanteamiento de las relaciones entre ambas jurisdicciones a fin de dotar de un mayor grado de coherencia al conflicto positivo de competencias respecto a normas de rango infralegal.

Aida Torres

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

El progreso tecnológico ha sido asumido como valor por las sociedades de la Europa occidental al menos en los últimos dos siglos. Este valor, transmitido durante este período a todo el mundo, ha incorporado una específica relación con el entorno físico, relación que, en los últimos decenios ha empezado a entrar en crisis debido a la toma de conciencia sobre las consecuencias que el proyecto de dominación de la naturaleza provoca en la salud, el bienestar e, incluso, la supervivencia de la especie humana. En este contexto aparece el derecho del medio ambiente, que, precisamente por ello, constituye un ámbito de visión privilegiado de la relación entre el derecho, como expresión y depósito de los valores de una sociedad determinada, y la tecnología, entendida como la capacidad de aplicar el conocimiento obtenido por los humanos en la producción de determinados resultados. Esa relación, a medida que la tecnología ha ido ampliando su capacidad de transformación, puede haber alcanzado un punto de conflicto que obliga a replantear la asunción del progreso técnico como valor tanto por parte de las sociedades como por el derecho.

Aprovechando los amplios conocimientos de que dispone el autor en lo relativo a derecho del medio ambiente, es en esa relación donde pretende incidir, desde un punto de vista jurídico, la obra que comentamos, *Técnica, riesgo y derecho*, del profesor José Esteve Pardo. La tesis de partida de la obra que presentamos es precisamente el apoyo que ha prestado el derecho al progreso técnico desde la Revolución industrial. Este modelo, de algún modo derivado del proyecto ilustrado de emancipación del hombre, se concreta en una aceptación de una determinada concepción del conocimiento legítimo, el conocimiento científico, y la utilización de ese conocimiento para la dominación de la naturaleza. La imagen del *homo sapiens* sometido a la naturaleza se modifica, en este contexto, dando como resultado el *homo faber* dominador, tal y como el propio Esteve Pardo explicita en otra obra (véase José Esteve Pardo, «La protecció de la Natura», en VV AA, *Estudis de dret ambiental*, Departamento de Medio Ambiente, Barcelona, 1995, pág. 133). Sin embargo, ese dominio tiene como resultado la conjuración del peligro (entendido en la obra comentada como peligro natural) y la aparición del riesgo (entendido aquí como riesgo derivado de la acción humana), de forma que se produce un desplazamiento del factor amenazante, de la naturaleza hacia el propio hombre dominador. El riesgo es aquí la consecuencia no deseada de la dominación sobre la naturaleza a partir del conocimiento científico. En este punto emerge un nuevo problema relevante, pues no se trata sólo de una consecuencia no deseada sino, en muchos casos, desconocida, es decir, imprevisible desde el punto de vista del propio conocimiento científico (considérese el caso de la lluvia ácida, destacado como ejemplo por el propio autor, en donde el establecimiento de la responsabilidad por daños resulta imposible por la ausencia de un conocimiento exacto sobre la auténtica causa del fenómeno). Aquí se sitúa el punto de conflicto entre el derecho y la técnica, ya que la aparición del riesgo pone en discusión el proyecto de dominación técnica de la naturaleza.

Sin embargo, a la par que en el terreno de la política, el cuestionamiento del proyecto de dominación de la naturaleza pasa a formar parte de la agenda (aparición de movimientos ecologistas, asunción de la protección del medio ambiente como valor en varios niveles, desde las constituciones hasta multitud de instrumentos internacionales), la propia multiplicación de resultados en el terreno tecnológico produce un repliegue de la esfera pública en favor de procesos de creación de normas desarrolladas en foros técnicos y, por lo tanto, impermeables a criterios políticos y ajenos a los valores democráticos. Este «paraordenamiento de la técnica», como lo denomina el autor, acaba de dibujar el problema al que nos enfrentamos: el conflicto entre la técnica y la democracia, visto desde una doble perspectiva, la problematización de la técnica como valor por la comunidad (es decir, la deslegitimación de la técnica desde el punto de vista de la democracia) y la emancipación de los técnicos, como conocedores, de la comunidad en la toma de decisiones (esto es, la deslegitimación de la democracia desde el punto de vista de la técnica).

Dicho conflicto está presente en cada una de las páginas de la obra comentada, que constituye un documentado y sólido estudio que, desde una perspectiva jurídica, pretende enfrentarse a un ámbito problemático que excede de la reflexión de los juristas, pero al que éstos en absoluto pueden ser ajenos. Así, a lo largo del desarrollo de su razonamiento, el autor va incidiendo en las variadas cuestiones que se plantean en el terreno jurídico ante las consecuencias del avance de la técnica, desde la evolución del régimen de las autorizaciones hasta la cuestión de la responsabilidad, en un terreno que afecta sobre todo no sólo al derecho administrativo y al derecho penal, sino también al desarrollo de otras especialidades jurídicas, ya que el derecho del medio ambiente se postula como un ámbito en el que las fronteras tradicionales entre disciplinas jurídicas tienden a difuminarse.

Se parte, pues, de la relación problemática entre el derecho y la técnica. Situada la reflexión en un punto de vista estrictamente jurídico, pese a que las inevitables reflexiones metajurídicas no sean obviadas por parte del autor consiguiendo un planteamiento realmente fructífero y profundo de las cuestiones que se tratan, la obra efectúa una descripción de los cambios de enfoque a que obliga el actual momento del progreso tecnológico en el derecho administrativo tradicional, cuestionando la viabilidad de la policía administrativa y analizando las vías de escape que se adivinan en este proceso de recomposición del derecho administrativo, como la remisión a normas técnicas o los cambios operados en el ámbito de la responsabilidad. Por lo demás, el autor dedica particular atención a lo largo de la obra a todo lo referido al desplazamiento tanto de la capacidad normativa como de las funciones de control a entidades privadas dotadas de legitimación técnica (lo que implica, claro está, un tipo de legitimación diferente de la democrática).

Si estos cambios son relevantes desde un punto de vista sincrónico, a saber, respecto a la amplitud inabordable para la Administración, en un momento determinado, de los conocimientos técnicos, también hay que tener en consideración los cambios exigidos por la propia naturaleza del progreso técnico desde un punto de vista diacrónico, es decir, la evolución de los conocimientos científicos y, por lo tanto, la continua aparición de nuevos elementos

que modifican la previsión de los efectos que las variadas actividades pueden traer aparejados. También aquí tienen lugar cambios en la tradicional estructura del derecho administrativo, con la introducción de cláusulas de actualización como la *Best Available Control Technology* (BACT), en la legislación americana, o las Mejores Técnicas Disponibles (MTD) de la Directiva 26/61/CE, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación, que incorpora la reciente Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la administración ambiental, aprobada por el Parlamento de Cataluña. Con todo, esta evolución sincrónica del derecho destinada a afrontar la prevención de riesgos derivados del progreso tecnológico se realiza siempre en un trasfondo en que campa el fantasma del desconocimiento, incluso por parte de los técnicos, de muchas de las consecuencias que esta clase de actividades puede dar como resultado. En cualquier caso, Esteve Pardo, sin eludir esta última cuestión, enfoca principalmente su estudio desde el punto de vista de las modificaciones que ya se han producido en el derecho, en particular en el derecho administrativo, a causa del fenómeno que nos ocupa.

Tras un profundo estudio de todos estos elementos de evolución que el progreso técnico ha incorporado en el derecho administrativo, el autor no deja de preguntarse acerca de la cuestión axiológica que reside en el fondo de este problema, a saber, la discusión sobre si el progreso técnico tiene que ser asumido necesariamente como valor por las sociedades actuales o bien ha cumplido ya su ciclo. En definitiva, una vez planteado con cierto detalle el estado de la cuestión respecto a la relación entre derecho y técnica, el profesor Esteve Pardo pretende plantear «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» (véase José Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 215). El propio autor subraya la capacidad heurística de este planteamiento y, por lo tanto, la capacidad de modificación que un cambio de percepción en este punto produciría según lo expuesto a lo largo del libro. Así pues, la obra del profesor Esteve se sitúa en tensión entre mostrar el estado actual de las relaciones entre técnica y derecho y los problemas y el eventual replanteamiento que incorpora esta reflexión sobre cómo funcionan las cosas.

De todo ello se desprende que el libro que aquí comentamos representa una aportación de singular importancia para el derecho administrativo español, aunque, como señalamos más arriba, los problemas planteados en la obra van más allá y constituyen un elemento de reflexión para todos los juristas, porque tratan de cuestiones particularmente centrales en la evolución del derecho en el momento presente. Ello convierte a esta publicación en lectura obligada no sólo para todos aquellos que se ocupan del derecho del medio ambiente, sino también para cuantos deseen reflexionar sobre la democracia y la participación ciudadana en la toma de decisiones en el momento actual.

Jordi Jaria

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

La obra propósito de recensión tiene su germen en una loable labor de estudio e investigación realizada por la profesora Nuria Garrido, dirigida por el propio prologista del libro, el profesor Luis Ortega Álvarez, que la ha convertido en una experta en la disciplina, especialización que obedece a la gran amplitud y complejidad de la materia. Su temática responde a una cuestión de gran coyuntura en nuestros días, dado que toda ella gira en torno a la posibilidad de una omisión del control, de un determinado tipo de actos, por parte del juez contencioso-administrativo, esto es, los actos de gobierno. Para ello, Nuria Garrido realiza un profundo y exhaustivo análisis, partiendo de una evolución histórica, política y constitucional de la institución objeto de discusión.

Respecto a la estructuración del libro, su contenido queda circunscrito a dos grandes partes: una primera, dedicada al acto de gobierno en el derecho francés, donde, partiendo de su propia génesis histórico-jurisprudencial, realiza un amplio recorrido hasta llegar prácticamente a nuestros días; completa la primera parte de esta obra con un profundo análisis de la más relevante jurisprudencia francesa relativa al tema que se aborda. Y la segunda parte realiza un intenso estudio desde sus orígenes hasta la propia Constitución española de 1978 (en adelante CE), sin pasar por alto el surgimiento de nuevos acontecimientos que han producido el resurgimiento de la importancia de la materia, como por ejemplo la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, o la conocida sentencia sobre los «papeles del CESID».

La autora ubica los primeros perfiles del acto de gobierno en la propia jurisprudencia del Consejo de Estado francés, precisamente en el lapso de la Restauración borbónica, «cuando peligraba, como creación napoleónica, la subsistencia de la institución» (pág. 51 del libro recensionado). Por ello, el *Conseil d'État* niega rotundamente su competencia para conocer sobre las reclamaciones que se derivan de la caída y extinción del régimen napoleónico. De esta manera, conceptualmente el acto de gobierno aparece en el *Arrêt Lafitte* de 1 de mayo de 1822 dando lugar a esta doctrina jurisprudencial, donde serán las finalidades políticas las que determinen la resolución del conflicto.

Sin embargo, esta primera línea jurisprudencial será superada con la promulgación de la Ley de 24 de mayo de 1872, abandonada por el Consejo de Estado en el *Arrêt Prince Napoléon* de 19 de febrero de 1875, y sustituida por aquella otra que atiende a la naturaleza del Gobierno y de sus actos.

Consecuentemente, en lo que concierne a su génesis jurisprudencial no existe mayor problema, discrepando, sin embargo, la doctrina respecto a la explicación de este origen.

Para concluir con la primera parte de este libro, respecto a la propia existencia del acto de gobierno, podemos sintetizar la existencia de tres sectores doctrinales; este minucioso estudio merece ser destacado por ser inédito y por las repercusiones e influencias que todavía manifiestan en el debate actual: las tesis afirmadoras o sustentadoras del acto de gobierno, que reconocen «la existencia ineludible del acto de gobierno *par nature*, y como categoría conceptual autó-

noma distinta del acto administrativo, que por variados motivos —ya políticos, ya jurídicos...— debe quedar al margen de un control en la vía contencioso-administrativa» (pág. 77); las tesis negadoras o negativas del acto de gobierno (Duez, Virally y Gros), que niegan «la posibilidad, en el nuevo marco de un Estado de derecho y democrático, de unos actos inmunes por naturaleza al control judicial» (pág. 78); y las tesis intermedias 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» (pág. 78).

Por lo que respecta al acto de gobierno en el derecho español, segunda parte del libro recensionado, su consagración legal se produce en el periodo histórico de la restauración borbónica. Será la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888, más conocida como la Ley de Santamaría de Paredes, la que moldeará al acto de gobierno o político «como una suerte de actos que, por entenderse referidos a materias que pertenecen señaladamente a la potestad discrecional, se excluyen de la cláusula general de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa» (pág. 271). Más concretamente, el encargado de determinar la exclusión expresa de conocimiento por parte de los órganos judiciales de este tipo de actos será el artículo 4 del Reglamento de ejecución de esta Ley de 29 de diciembre de 1890, donde por primera vez tendrá un reconocimiento legal expreso en España el concepto de acto de gobierno, entendiéndose que «las cuestiones que pertenezcan al orden político o de gobierno se configuraran en este marco legal como correspondientes señaladamente a la potestad discrecional» (pág. 303). El estudio jurisprudencial realizado por la autora, igualmente minucioso y hasta ahora desconocido, revela que, al igual que ocurría en Francia, será vía jurisprudencial donde el concepto de acto de gobierno vaya adquiriendo consistencia a partir de la propia Ley de Santamaría de Paredes.

Será con la actual Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 cuando se produzca una vital transformación en el concepto de acto de gobierno entendido como «actos esencialmente distintos, por ser una función administrativa y otra función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales» (pág. 273).

El artículo 2.*b* de esta Ley eliminó del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa todas aquellas cuestiones relacionadas con los actos políticos de gobierno.

Así, en certera opinión de la profesora 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 empecinará hasta sus últimas consecuencias» (pág. 273).

Con la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 todo lo político deja de pertenecer al orden administrativo, a lo que se suma el hecho de que los actos políticos dejen de ser considerados como actos administrativos discrecionales. Así las cosas, se acoge la teoría de la naturaleza del acto, abandonándose la doctrina del móvil político.

En este punto tampoco hay que pasar por alto la conexión existente entre el

propio concepto de acto de gobierno y el contexto político franquista en el que se desenvuelve. Y es que, como señala 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» (pág. 401).

Tras la dictadura franquista se inicia la lucha doctrinal contra las inmunidades de poder y se plantea el gran problema de la definición conceptual del acto de gobierno, máxime si tenemos en cuenta que, tras la aprobación de la CE, continúa vigente la Ley de la jurisdicción de 1956.

Consecuentemente, nos anuncia Nuria Garrido que los problemas esenciales con los que nos enfrentaremos tras la CE son: la redefinición en un nuevo modelo de Estado social y democrático de derecho y sus presupuestos: sometimiento de todos los poderes públicos a derecho; surgimiento de un catálogo de derechos fundamentales, privilegiado por el de la tutela judicial efectiva; reinstauración del principio del sometimiento de todos los poderes públicos al derecho, la arbitrariedad, la reinstauración del principio de división de poderes y la total separación entre Gobierno y Administración que erradica la confusión existente entre ambos en épocas anteriores, o el surgimiento de las nuevas instancias de gobierno fruto de la descentralización política y territorial.

Pese a todo, hasta 1988, poca o más bien ninguna atención será prestada al acto de gobierno en virtud de todas las novedades que surgen a raíz del texto constitucional: la doctrina era unánime; todos afirmaban la existencia y legitimidad del acto de gobierno con la consiguiente subsistencia de una actividad gubernativa exenta del control judicial, aunque con límites bien definidos. La autora se encarga de revisar y profundizar en estas nuevas perspectivas que le llevaron a una clara posición en el debate sobre el acto de gobierno: «apostar por su perfecta acomodación al sistema, su legitimidad en el nuevo marco e incluso la necesariedad de su existencia» (pág. 472).

Ahora bien, en el nuevo marco constitucional, si bien es cierto que el acto de gobierno deja de ser enjuiciable, al menos en sus elementos políticos o no reglados, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ello no es óbice para la existencia de otro tipo de control, que elimine su inmunidad a toda intervención y deje de situarlo al margen del derecho, como había acaecido en épocas anteriores. Y es que todos los poderes públicos, incluido el Gobierno y sus actos, quedan sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento (artículo 9.1 de la CE). Por ello la tesis de la profesora Garrido es la de un doble tipo de control: jurídico, por el Tribunal Constitucional, y político, por el Parlamento, en consonancia con el texto constitucional, siempre teniendo en cuenta, tal y como señala la autora, que este control parlamentario tiene sus propias limitaciones y defectos. Nuria Garrido se muestra claramente a favor de un control jurídico por el Tribunal Constitucional.

La problemática a la que la autora dedica una atención especial surge en este punto con los entes locales y sus actos de gobierno, ya que son considerados como poderes meramente administrativos y carecedores manifiestamente de un órgano parlamentario a su propio nivel.

Aún así, cuando lo debatido sean cuestiones meramente políticas, en opinión de Nuria Garrido resulta un claro

exceso aplicar las reglas administrativas contenidas en la Ley de procedimiento administrativo.

Así, la autora determina que el acto de gobierno, tras la CE, se define por su naturaleza peculiar, que deriva de la competencia constitucional de dirección política y no por el móvil político que pueda incorporarse en cualquier decisión.

En conclusión, el acto de gobierno no ha perdido un ápice de importancia y sigue siendo uno de los temas más polémicos y controvertidos del derecho público. Controversia que, como vimos ya, arrancó en sus propios orígenes y continúa en la actualidad con plena vigencia. Buena prueba de ello es este profundo estudio dogmático, jurisprudencial y legal que realiza Nuria Garrido y donde establece que «[...] esta categoría de actos del poder ejecutivo continúa en el ojo del huracán de una discusión que en ningún modo podemos entender cerrada» (pág. 725).

La tesis de la autora aparece refrendada por el reciente auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2000, asunto «Pinochet», en tanto en cuanto califica como acto de gobierno, exento del control judicial, la negativa del Gobierno español de solicitar al Gobierno británico la extradición del general Augusto Pinochet.

Por último, sólo me queda recomendar la lectura de esta magnífica obra, de cuya repercusión en la doctrina científica es buena muestra el prólogo del profesor García de Enterría a la cuarta edición de su obra *Jueces, democracia y control de la Administración* (Civitas, 1998).

Sonia Ruiz