

## **V. Recensiones**



**NIETO, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996, 603 págs.**

El subtítulo de esta nueva obra del profesor NIETO, presupone, como el propio autor reconoce, la posibilidad de afrontar una historia de la Administración en los trascendentales siete años en los que fue Regente la cuarta esposa de Fernando VII. Dicho subtítulo, sin embargo, al no figurar en la cubierta ni en la primera impresión sobre papel del libro, sólo saca de dudas al curioso cuando éste busca, en el interior de la obra, por dónde discurrieron *Los primeros pasos del Estado constitucional*.

La brevedad de los periodos de vigencia de la Constitución de 1812 —cuya hora, por cierto, ya había pasado a juicio de NIETO al producirse el motín de La Granja—, obliga a situar la primera andadura del Estado constitucional en los años de la Regente palermitana y bajo dos normas fundamentales tan dispares como el Estatuto Real de 10 de abril de 1834 y la Constitución de 18 de junio de 1837.

La regencia contaba ya «con materiales de gran valor referentes a su historia externa», pero con importantes lagunas como es la referente al ámbito de la Administración Pública. Apartándose —hasta donde es posible o recomendable— de la historia política y de las *historias* sectoriales de la Administración, el profesor Alejandro NIETO ha culminado una ambiciosa «historia administrativa» de la época, con la brillantez y el rigor que impregnan toda su obra.

No es, en absoluto, tarea fácil encarar un objetivo científico de la magnitud de *Los primeros pasos del Estado constitucional*. Para ello se requiere no sólo un pleno dominio del Derecho administrativo y su génesis institucional (no ese subproducto *para abogados* que denuncia el autor), sino también un profundo conocimiento histórico e historiográfico

co, amén de muchas horas de investigación y reflexión. Tal vez nadie como el profesor NIETO podía estar llamado a tan exigente cometido, conociendo, además, su acerada pluma, afilada como nunca a la hora de enjuiciar a los próceres de entonces y a determinados analistas más modernos.

Tal vez Próspero Mérimée, funcionario y buen conocedor del Derecho administrativo, que anduvo por España en aquellos años como Inspector de monumentos históricos, pudo haber realizado una pieza literaria parangonable con el libro que se reseña, pero, como es bien sabido, el escritor parisino se limitó a publicar unas *Notas de viaje* y a frecuentar, premonitoriamente para su porvenir, a la familia de la futura emperatriz de Francia.

La obra de NIETO, dividida en diez capítulos, comienza por ofrecernos una introducción histórica de las «dos Españas-dos Estados» de la época, con reflexiones profundas sobre la primera guerra carlista y la vulnerabilidad de la regencia. El autor, partiendo del contenido del Convenio de Vergara, suscribe la idea de que don Carlos, el Pretendiente, y sus *legítimos* derechos, no fueron la causa real que sostuvo la lucha de sus oficiales, ya que la contienda no fue más que «un mero episodio dentro de unos acontecimientos mucho más dilatados», si se parte de que España inició una guerra civil en 1808 que no vio su auténtico fin hasta 1876. Este punto de partida, sólidamente fundado en opiniones como la de Julio Aróstegui, justificaría que la muerte de Fernando VII se hubiera limitado simplemente a abrir «un nuevo episodio», en el que las pretensiones dinásticas de su hermano generarían una nueva lucha, similar a la de unos años atrás y la misma «que luego continuaría hasta Carlos VII y el cantonalismo cartagenero». Esa misma impresión se deduce de la lectura de *Paz en la Guerra*, novela centrada en los sucesos bélicos de 1874, donde don Miguel de Unamuno, sin duda buscando paralelismos históricos, hace nacer a su personaje Pedro Antonio Iturriondo «con la Constitución, el año 12», y unirse

«a los veintinueve años, a los voluntarios realistas que Zabala sublevó en Bilbao», a la vez que recuerda la coincidencia de fecha en las liberaciones de la ciudad: siempre el dos de mayo; en 1808, en 1866 (combate del Callao) y en 1874.

Una vez situados en la época y conocido, también, el contexto revolucionario del que surgió la Constitución de 1837, el profesor Alejandro NIETO penetra en la Administración de la regencia para descifrar la ideología política subyacente en las reformas administrativas. Silvela, Oliván, Ortiz de Zúñiga, «su contrapunto progresista, José Posada Herrera» y, naturalmente, Javier de Burgos son figuras señeras del momento, cuya trascendencia pública se esclarece aún más con la obra objeto de recensión. La contraposición entre nacionalismo y galicismo, los principios del sistema administrativo y la rebelión de las Juntas revolucionarias provinciales, son algunas de las materias abordadas por NIETO bajo la rúbrica capitular de «el régimen público».

Las fuentes normativas, bajo el Estatuto Real, durante el paréntesis de la resurrección de la Constitución de 1812 y en la Constitución de 1837, son examinadas por el autor de forma rigurosa y amena, al detenerse en cuestiones como la Propaganda ministerial «que se hicieron los Ministerios a través de un periódico que corría paralelamente al *Boletín Oficial*: el *Diario de la Administración* creado por Javier de Burgos».

Cada una de las Administraciones Públicas, la suprema del Estado, la provincial y la municipal, cuenta en el libro con un capítulo diferenciado, siendo de singular interés el estudio realizado en torno al establecimiento de las Diputaciones y a la Ley de Ayuntamientos de 1840. En el ámbito local también, en forma concisa, se aborda una cuestión tan querida al autor como la potestad sancionadora y las facultades judiciales de Alcaldes y Ayuntamientos «que suelen ser pasadas por alto por los autores modernos».

Los empleados públicos, sus grupos y cuerpos, las penurias presupuestarias, la *carrera* administrativa (que ya en 1837 se consideraba concepto pretérito) y la responsabilidad de los empleados, son objeto de estudio en un específico capítulo, en el que sobresale el estudio de las *cesantías*: «Con perspectiva histórica es fácil comprender que las cesantías fueron la peor lacra de la Administración liberal. No obstante, cuando se contempla el fenómeno desde la situación de los acontecimientos de la época, parecen estar justificadas». Así, los liberales no pretendieron inicialmente crear un volumi-

noso grupo de cesantes, sino «expulsar de la Administración a los servidores del Antiguo Régimen más o menos sospechosos de carlismo; pero haciéndolo de una vez y para siempre, de tal manera que, depurado ya el aparato burocrático, desapareciera definitivamente la inseguridad».

En el análisis particularizado del *control de la actividad administrativa*, el autor se detiene en la nueva planta del sistema judicial, traída por la Real Orden de 26 de enero de 1834, que adecuaba el ámbito territorial de las Reales Audiencias a una o varias de las nuevas provincias, así como en las jurisdicciones especiales y en los preludios de la contencioso-administrativa que ya se tenía por inminente en 1836. Entre los principios propios de la época, se resalta en la obra el de *vinculación negativa* de la Administración a la Ley, *autótonamente* defendido por Ortiz de Zúñiga en 1843. Los controles parlamentarios y las funciones revisoras de Diputaciones provinciales y Ayuntamientos no se escapan al análisis de NIETO, así como el ámbito de la responsabilidad ministerial, tanto bajo la vigencia del Estatuto de 1834 como tras la aprobación del texto fundamental de 1837.

Tal vez el capítulo más brillante de una obra excepcional, como la comentada, sea el titulado «el desmantelamiento del poder constitucional de la iglesia católica», en el que el autor, que reiteradamente denuncia la carga ideológica subyacente *todavía* en los estudios históricos sobre la regencia, consigue elevarse por encima de cualquier sectarismo y desterrar tópicos hondamente arraigados en nuestra bibliografía. Así, a propósito del odio popular contra el clero y a la idea, extendida, de que la desamortización se limitó a legalizar el deseo de las masas, escribe NIETO: «Es grotesco hablar de *justicia popular* cuando nunca tuvo respaldo social extendido, cuando al día siguiente continuaba el culto en las iglesias no quemadas y, sobre todo, cuando los frailes volvían una y otra vez». La dotación del culto y clero, la exigencia de obediencia rigurosa de los religiosos al trono y a los gobernantes, presente en las Reales Órdenes de 27 de enero de 1834 y 14 de noviembre de 1835 (que parecían talmente inspiradas en la primera Epístola de San Pedro) y las turbulentas relaciones del Estado con la Santa Sede —Roma no había reconocido la sucesión en favor de Isabel II—, son algunos de los temas incluidos en este capítulo —el penúltimo— tan apasionante para el lector y tan desapasionadamente tratado por el autor. Pero siendo del máximo interés el estudio de los temas eclesiásticos (de los que, cual reliquia, subsiste vigente la Real Orden

de 30 de octubre de 1835, sobre enterramientos en conventos de religiosas), la gran aportación de esta parte de la obra es el análisis histórico-jurídico de las medidas desamortizadoras. El profesor NIETO examina en primer término el moderado inicio desamortizador de Martínez de la Rosa; la reiteración en 1835, tras diversos vaivenes políticos, de la supresión de la Compañía de Jesús, ordenada en 1767; el Ministerio del Conde de Toreno y, en fin, el de Mendizábal, bajo cuya inspiración se llevó a cabo la más conocida de las desamortizaciones eclesiásticas, culminada el 25 de julio de 1837 en Ley que reproducía sustancialmente el Real Decreto de 8 de marzo de 1836. El autor, uno de los mejores conocedores de los efectos de la otra desamortización, la de 1855, nos ofrece un análisis claro y, a la par, profundo de lo acaecido en el bienio 1835-1837 que es ya, desde estos momentos, referencia obligada para quien quiera aproximarse a tan importantes acontecimientos.

El último capítulo de la obra analiza el sistema económico y la nueva propiedad burguesa. Como la propia síntesis editorial señala, en la regencia, «se afianzó una rama dinástica y, más firmemente aún, una burguesía inteligente y sin escrúpulos que se apoderó del Estado y desmanteló el Antiguo Régimen para crear otro en el que, sirviéndose de instrumentos liberales y constitucionales, consolidó —bajo la tutela del Ejército— un poder burgués a costa de la Iglesia y del pueblo». En esa consolidación de la propiedad burguesa, el profesor NIETO analiza la hipocresía de la abolición de los señoríos —que traía causa de 1811— al convertir en propietarios a los señores a cambio de perder éstos «la pomposa parafernalia de sus denominaciones y ritos medievales». La sacralización de la propiedad se vio, por otra parte, culminada con la primera Ley de Expropiación Forzosa, aprobada el 17 de julio de 1836 —pocas semanas antes de los sucesos de La Granja—, a cuya génesis y contenido presta el autor su última atención.

El libro, finalmente, se ve enriquecido por una bibliografía selecta (con indicación de la imprescindible, a juicio del autor, para el conocimiento de la época), por una guía de referencias de innegable utilidad y por una tabla cronológica que nos da cuenta de las incidencias gubernamentales y parlamentarias, de la guerra civil, de los levantamientos populares y de otros acontecimientos dignos de mención.

En suma, *Los primeros pasos del Estado constitucional* es una obra de extraordinaria calidad; vigorosamente escrita y rigurosamente elaborada.

Un trabajo formidable y ya de obligada lectura —habría de añadirse *reposada*—, no sólo para cultivadores del Derecho público sino también para todo aquel que se sienta atraído por un período de *sombras románticas*, como felizmente ha denominado J. JIMÉNEZ LOZANO a estos años que son también los de la definitiva abolición del Santo Oficio, de la ejecución de Luis Candelas o de los viajes bíblicos de Borrow.

El dominio que muestra NIETO sobre la regencia y sus protagonistas es total. La solvencia científica que derrocha línea tras línea llega a convertir al lector en un asentidor inconsciente de los juicios impresos —que son muchos y nunca inocuos—. Cuando el libro da cuenta de la retractación pública de María Cristina ante el Papa, en 1841, el autor, con sutil ironía, nos recuerda que la antigua Regente había incurrido en pecados institucionales y en debilidades personales por su arcana unión morganática con Fernando Muñoz, padre de sus numerosos hijos; matrimonio que las Cortes no autorizarían hasta el 8 de abril de 1845. Sobre el relato de esta cuestión íntima, puede leerse que «yace todavía en la oscuridad, dado que los historiadores solventes no tienen ninguna intención de sacarlo a la luz». Pero, al cabo, leída la obra que se reseña, tan material enredo es cuestión intrascendente ya que, fuera del tálamo, pocas cosas de la regencia pudo saber el duque de Riánsares que le pasaran desapercibidas al profesor NIETO.

Leopoldo Tolivar Alas

**GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 2.ª edición, Editorial Cívitas, Madrid 1992.**

Dieciséis años han transcurrido desde que GONZÁLEZ PÉREZ publicara la 1.ª edición de este libro, y casi 40 desde la aparición del tercer tomo de su *Derecho procesal administrativo*, en el que por primera vez era estudiada la Ley de la Jurisdicción. En el libro que se recensiona aparecen de nuevo las grandes líneas que el autor lleva toda su vida, con tanto vigor como rigor, manteniendo. Lo que empezó siendo una «importación» de Jaime Guasp, ha acabado siendo una gran escuela autónoma.

Voy a comentar algunos puntos del nuevo libro. Aquéllos en los que se tratan las innovaciones habidas por la aparición de otras leyes (Ley de medidas urgentes, Ley orgánica del Poder Judicial, y

Ley de planta, Ley de Procedimiento, o de Régimen jurídico, o como se llame, Ley de defensa procesal de derechos fundamentales, y sobre todo, Constitución, y hasta leyes de las famosas Comunidades Autónomas, que como sabemos, no se privan de nada y a este efecto en las páginas 512 y 513 cita diez leyes reguladoras del tema del modo de agotar la vía administrativa.

En esta línea, creo interesante destacar los extremos siguientes:

- «Se ha discutido si se excluye del control la legislación delegada. No ofrece duda que quedan fuera del control los Decretos Leyes». Ulteriormente examina el caso de Textos refundidos defendiendo, claro está, la posibilidad de su control por *ultra vires*.
- El declinar del acto político («introyable» según una frase insigne). Creo que el autor se inclina a considerar desaparecida la figura en nuestro Derecho, y hacer descansar la indudable imposibilidad de juzgar ciertos actos del Ejecutivo sobre la exigencia legal de que los actos justiciables sean «actos sometidos al Derecho administrativo».
- (En la última línea de la página 89 aparece una errata. Dice «todavía» donde debe decir «ya»).
- En cuanto al tema de la responsabilidad patrimonial y su sede de enjuiciamiento expone el siguiente itinerario legislativo:
  - a) Dualidad de jurisdicciones, sistema anterior a la LJ; b) Sólo la jurisdicción contenciosa, la LJ; c) De nuevo dualidad, la Ley de Régimen Jurídico, d) De nuevo unidad, la Ley 30/92 (así lo deduce el autor de su artículo 142.6). Esta última, pues, es la solución vigente.
- Respecto al interés para recurrir dice que debe ser: jurídico o no jurídico, directo, actual, y para su ejercicio, dice, es innecesario haber comparecido en vía administrativa, tesis que no comparto. Por supuesto que en este punto hay que hablar de la acción popular y de la LS (a la que GONZÁLEZ PÉREZ recuerda que hay que añadir, la Ley de T. Cuentas, (artículo 47,3) el Decreto sobre protección ambiental (artículo 16); La Ley del Patrimonio Histórico-Artístico (artículo 8,2), la de Costas (artículo 109), y las reguladoras de ciertos Parques Nacionales). Por cierto, que en cuanto a la LS, señala que la regulación de

plazos en la Ley actual es uno de los supuestos de *ultra vires* en que la misma ha incurrido. Con respecto a este problema (hoy en estudio por el autor), debo decir que conocida es mi opinión de que la LS ha incurrido en excesos, en muchísimos menos casos de los que se dice.

- Al hablar del desistimiento cita una sentencia también de interés para los lectores especializados. Es la de 13 de junio de 1989 que dice:
 

«Si bien es cierto que su intervención se realizó inicialmente no de una forma directa, sino a través de la Comunidad de propietarios de la que formaban parte, nada impedía a los propietarios disidentes del acuerdo de la Junta de la Comunidad de separarse de las actuaciones, proseguir el proceso a título individual.»

Y recuerda:

«el principio de interpretación conforme a la Constitución todo Ordenamiento jurídico reiteradamente proclamado tanto por el TC como por el TS y hoy recogido en el artículo 5.1, LOPJ, que otorga una interpretación amplia del concepto de legitimación en el sentido más favorable para que tenga efectividad la tutela jurídica consagrada en el artículo 24 de la Constitución, en cuanto cauce de acceso a cualquier persona física o jurídica titular de un interés para obtener la debida protección jurisdiccional.»
- Y con esto hemos llegado a la inefable Ley 30/92 y a su modo de regular el silencio administrativo. El autor opina que lo hecho es un gravísimo error, tesis ésta que como es bien sabido es unánime en la doctrina, en la magistratura y en la práctica profesional (yo tengo casos en mi despacho en los que el juego de recurso ordinario, y certificación, más otros ajedreces, todos legales, da un espacio mínimo entre petición y apertura del contencioso, de diez meses).
- Al analizar el artículo 40, entiende derogados por la CE los apartados c) y d), y estima que el b) ya lo había sido por la Ley 14/66.
- Punto de interés es el de prueba. Es indudable lo siguiente: «En S. de 3 de mayo de 1977 se dice que “el artículo 1212, Cc, aplicable a esta Jurisdicción, según cons-

tante doctrina legal, impone al demandante la de justificar los hechos en que base su pretensión”.

“La presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar que se produzca la figura del acto consentido —art. 40.a), LJ—, pero no afecta a la carga de la prueba, que ha de regirse por las reglas generales (Ss. de 20 de septiembre de 1986, 27 de junio de 1988, 13 de marzo de 1989, 19 de febrero de 1990, etc.”). (S. de 30 de mayo de 1990. Ar. 4992). La misma doctrina, en Ss. de 23 de octubre de 1989 (Ar. 7470), 29 de enero de 1990 (Ar. 357) y 13 de junio de 1990 (Ar. 5437). En contra, Ss. de 3 de marzo de 1989 (Ar. 1764), 20 de octubre de 1989 (Ar. 6987) y 6 de febrero de 1990 (Ar. 951)».

En esta línea, aporta el autor los siguientes datos de la doctrina: «la aplicación de los principios generales, las actas incorporadas a un expediente sancionador no tienen mayor relevancia que los demás medios de prueba» (STC 76/1990, de 26 de abril), LINDE, *La jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional*, cit., págs. 120 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *REDA*, n.º 10, págs. 415 y ss.; MUÑOZ MACHADO, «La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas», *REDA*, n.º 11, pág. 735; ARCENEGUI, «La carga de la prueba y su proposición y admisión en el proceso contencioso-administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Ed. Civitas, 1993, II, pág. 525; BREWER-CARIAS, «Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración», en la ob. col., *Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, San José de Costa Rica, 1994, págs. 558 y ss.

— Y respecto al tema de la ejecución de sentencia dice:

«Una vez consagrada en Leyes fundamentales la potestad de los Tribunales del orden contencioso-administrativo para hacer ejecutar lo juzgado (art. 31, Ley Or-

gánica del Estado de 1967 y hoy art. 117.3 de la Constitución de 1978), es incuestionable que el Tribunal sentenciador tiene potestad plena para hacer ejecutar lo ordenado en sus sentencias, con el límite de la inembargabilidad de los caudales públicos. Así, Ss. de 12 de febrero de 1993 (Ar. 975, Ponente: Conde Martín de Hijos) y 6 de julio de 1993 (Ar. 5622, Ponente: García Carrero).»

Piensa el autor que la situación ahora, al respecto, y tras la CE, ha empeorado. No lo creo así. La situación de la parte ganadora de un pleito frente a la Administración, ni ahora es aceptable, ni lo ha sido en ningún momento.

La inagotable capacidad de trabajo del autor, y su enorme talento nos dan con este libro una prueba más de su vigencia.

José Luis González-Berenguer Urrutia

**ARROYO YANES, Luis Miguel:** *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, 582 págs.

Dentro del régimen jurídico de los funcionarios públicos, uno de los problemas que sigue pendiente en orden a su adecuada regulación es el de la carrera administrativa. En estos últimos años, especialmente a raíz de la publicación de la Ley de medidas para la reforma de la Función Pública de 1984, posteriormente modificada en 1988, se ha implantado una normativa sobre este problema que, lejos de venir a resolverlo, ha dejado en los funcionarios de todas las Administraciones Públicas una estela de insatisfacción, cuando no de frustración y disconformidad. Esta convicción que ya tenemos por causa de la propia realidad en que nos movemos, se ha visto incrementada tras la lectura del libro que ahora estamos comentando.

El autor, profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Cádiz, acotando el colectivo hacia el que dirige su investigación y que no es otro que el funcionariado de la Administración Civil del Estado, hace un análisis muy interesante sobre todos los flecos, que son muchos, derivados de la carrera administrativa. Porque, y ésta es una idea esencial a retener, el tema que nos ocupa no se reduce a conseguir que los funcionarios suban peldaños en esa especie de escalera que son los treinta niveles del complemento de destino, sino que hay otras muchas implicacio-

nes a considerar si se quiere tener una visión más panorámica y completa. Porque sucede que la carrera administrativa, bien entendida y aplicada, tiene conexiones con las retribuciones, con la movilidad, con los puestos de trabajo, con la distinción entre el cargo político y administrativo, con los diseños propios de cada organización, con el acceso a la función pública, etc. Como puede verse, todo un campo de actuaciones sobre los que incide la regulación de la carrera administrativa; y que además, no sólo prueba su importancia, sino que revela la dificultad de conseguir una normativa regional y convincente de la misma.

Dentro del campo del Derecho Administrativo, es curioso observar, cómo el propio autor se encarga de advertir, en las páginas iniciales de su libro, que la carrera administrativa no ha merecido la suficiente atención por parte de autores y especialistas. De ahí que el libro que noticiamos sea una de las escasas aportaciones serias que, en estos últimos años, se han llevado a cabo en esta materia y que, por ello, se haga acreedor de nuestras reflexiones y apreciaciones.

En la primera parte, el autor traza una exposición histórica de los antecedentes españoles durante los siglos XIX y XX por cuanto que aquélla es necesaria «para una cabal comprensión de la realidad actual». Esta afirmación que, en principio, es válida para todas las instituciones públicas y privadas, posiblemente lo sea más si la referimos a la carrera administrativa, una institución que es imposible separar de las coordenadas sociales, políticas, económicas y culturales de la realidad en la que se desenvuelve; y cuyo conocimiento respecto a épocas pasadas puede servir, al menos, para no cometer errores de otros tiempos.

La segunda parte se dedica al estudio detallado de la carrera administrativa propiamente dicha. En el primer capítulo se formula una definición de esta figura que el autor, a lo largo de su trabajo, contempla siempre bajo un doble plano estático y dinámico. Para ARROYO YANES, la carrera administrativa es el «instituto jurídico mediante el cual la organización de la función pública se construye y estructura, a partir de una serie de conceptos que tienen por fin último permitir que el funcionario pueda servirse de un conjunto de instrumentos jurídicos diseñados para que goce de la misma movilidad interna en el seno de la función pública, vertical, horizontal y espacialmente, respetando siempre los principios generales de consolidación y mérito profesional». El capítulo segundo relaciona el tema de la carrera con el tratamiento constitucional de la Función Pública y de las consecuencias que

tiene sobre aquélla, con atención especial a las sentencias del Tribunal Constitucional; todo lo cual permite al autor extraer algunas importantes conclusiones, entre las que debe resaltarse la de la aplicación de la garantía institucional al funcionariado. El capítulo tercero contiene un pormenorizado examen de la normativa publicada y que va desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 hasta la legislación actualmente vigente, con el paréntesis de otras normas o proyectos intermedios que aparecieron en la fase objeto de análisis. Y el capítulo cuarto, «como colofón natural e insoslayable», trata de exponer la situación actual del tema, contemplado estáticamente (conceptos que sirven para organizar las carreras funcionariales) y dinámicamente (vías que sirven de cauce para el desarrollo de las carreras individuales de los funcionarios), sin olvidar otras vertientes relevantes como son el acceso a Cuerpos o Escalas del mismo grupo de titulación (vía horizontal), el acceso por la integración y, sobre todo, la movilidad interadministrativa prevista en la Ley de Medidas de manera defectuosa e incompleta. Y, finalmente, se formulan, como remate y culminación del libro, lo que el autor llama conclusiones generales seguidas de un epílogo en el que analiza, con brevedad, la reforma introducida por la Ley de 29 de diciembre de 1993, de Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo, aparecida con posterioridad a la terminación de su trabajo.

Antes de finalizar este comentario, conviene subrayar que, aunque el libro se centre en la carrera administrativa de los funcionarios civiles del Estado, la mayoría de sus aportaciones y consideraciones tienen plena validez para los funcionarios de nuestra Administración Local. Por experiencia sabemos que, en las Corporaciones Locales, cuestiones relativas al grado, la promoción interna, las relaciones de puestos de trabajo, la movilidad interna y externa, las garantías de la carrera, etc., son de viva actualidad y plantean serios interrogantes, tanto a los gestores como a los interesados. De manera especial, la movilidad de los funcionarios locales sigue siendo una asignatura pendiente al permanecer cerrada la vía de intercambiabilidad de funcionarios de unas Corporaciones Locales a otras (con excepciones, por ejemplo, en las policías locales, que se van imponiendo a una legislación desactualizada y desfasada), salvo el cauce residual y anacrónico de la permuta.

Vicente M.<sup>a</sup> González-Haba Guisado

**GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ed. CGPJ, Madrid, 1994, 267 págs.**

## I

El libro que comentamos —Premio Consejo General del Poder Judicial 1993, muy merecido a nuestro juicio, y aunque no lo fuese, que lo es, sería igual—, constituye una importante aportación a un problema siempre vivo y candente en el ámbito de la Justicia administrativa: los problemas actuales de dicha jurisdicción en España. No es fácil hacer un diagnóstico de nuestra Justicia administrativa —que ya lo hace el autor con desparpajo— sin poner de relieve el retraso de más de quince años en solucionar los muchos y graves deterioros que sufre. Esta insuficiencia manifiesta de nuestros Tribunales contenciosos se agudiza con la entrada en vigor de la Constitución española<sup>1</sup> y la falta de acomodación del sistema a los nuevos principios constitucionales de ineludible cumplimiento para todos (art. 9.1 CE)<sup>2</sup>. Así, hace escasamente tres años, hizo una radiografía muy afinada y exacta de la situación de la Justicia administrativa en nuestro país —entre otros, pues la lista es abundante<sup>3</sup>— M. SÁNCHEZ MORÓN<sup>4</sup>. Por él hemos sabido que los principales problemas por los que atravesaba el contencioso español a finales de 1990 eran, resumidamente: a) el aumento considerable de la litigiosidad por diversos motivos; b) la falta de puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo

contencioso administrativo en España en aplicación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre; c) la escasez de medios materiales y humanos para hacer frente a ese aumento de recursos interpuestos contra la Administración en los últimos tiempos; d) la carencia de una verdadera casación que impidiese que llegasen al Tribunal Supremo miles de recursos; e) la carencia de un sistema arbitral que permitiese descargar de trabajo a los Tribunales administrativos, y, f) la falta de preparación de verdaderos jueces especialistas en la materia ya que se habían congelado las oposiciones para ingresar en el puesto de Magistrados especialistas de lo Contencioso-Administrativo sin que se conozcan bien sus causas. Muchos más defectos y problemas presenta la jurisdicción contenciosa española como enseguida veremos.

Pero antes, continuando con las ideas expuestas por M. SÁNCHEZ MORÓN —que las citamos de memoria—, el problema se agravará aún más por la supresión del recurso de reposición por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El propio autor se ha dado cuenta de ello —y la verdad es que no hay que ser muy listos para comprender el perjuicio incalculable que para la Justicia administrativa y los justiciables ha supuesto— poniéndolo de manifiesto recientemente<sup>5</sup>.

Y los problemas no acaban aquí. Sin pretensiones de exhaustividad, daremos aquí noticia de algunos de ellos que nos parecen más destacables, a saber:

a) Inadecuación de la fórmula general del art. 1 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 que

<sup>1</sup> E. COCA VITA, «Revisión jurisdiccional material de la Administración», *REDA* n.º 17/1978.

<sup>2</sup> J. TORRES MÁS, «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP* n.º 122/1990.

<sup>3</sup> P. ESCRIBANO COLLADO, «Técnicas de control judicial de la actividad administrativa», en *Justicia Administrativa en el Derecho comparado*, ed. Civitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1993 (Coord. J. BARNES VÁZQUEZ) y C. CHINCHILLA MARÍN, «De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en la misma obra.

<sup>4</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de la Administración*, ed. Instituto de España-CEC, Madrid, 1991.

<sup>5</sup> J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, ed. Tecnos, Madrid, 1993. A este propósito, el autor citado, dice:

«Ahora bien, lo que no parece tan elogiable, es la supresión, sin más del Recurso de reposición. Con toda probabilidad esta opción del legislador se explica por meras razones de eficacia administrativa, ya que ha debido pesar decisivamente en ella el bajísimo porcentaje de recursos de este tipo que venían estimándose, es decir, la consideración de la inutilidad práctica de la reposición y de la futilidad del tiempo y del trabajo destinado a tramitar y resolver estos recursos. Sin embargo, dicha opción supone, en principio, condenar a todos cuantos deseen impugnar un acto que ponga fin a la vía administrativa a interponer el correspondiente recurso contencioso. En muchos casos esto carece de importancia e incluso será beneficioso para el recurrente. Pero, en otros, y hay que pensar en la impugnación de actos de pequeña entidad o cuantía, la falta de reposición puede equivaler en la práctica a la imposibilidad de recurrir contra tales actos, pues el coste y la lentitud del proceso judicial desanimarán a muchos afectados. Bien es verdad que, a falta del recurso ordinario en estos casos, se puede instar de la Administración la revisión de oficio de los actos, lo que, en cierto modo, cubrirá la función de este recurso. Sin embargo, y sin plantear ahora los problemas de orden procedimental interno a que puede dar lugar este género de sustitución —ya que la revisión de oficio conlleva un procedimiento más complejo, con intervención del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico competente—, sólo se puede solicitar la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho (art. 102); y de los anulables declarativos de derechos que infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario (art. 103), por lo que dicho procedimiento de revisión no alcanza a la impugnación de todos los actos anulables» (págs. 326 y ss.).

sigue propiciando la pervivencia de viejos principios como el principio dispositivo del proceso a ultranza sin que el principio de oficialidad opere sino en contados trámites.

b) Falta de una «acción pública» para la mejor defensa de la legalidad objetiva con intervención posible en estos casos del Ministerio Fiscal.

c) Raquitismo del sistema cautelar contencioso administrativo con la sola alternativa del camino que ofrece para la suspensión del acto en sede jurisdiccional el art. 122 LJCA<sup>6</sup>. Este angosto vecicuetto se ha visto ampliado por la doctrina del TC y por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Es decir, la suspensión será automática si se ventila algún derecho fundamental en el proceso o se trata de sanciones administrativas, que no podrán ejecutarse —y esto es importante— hasta que el acto administrativo no haya ganado firmeza. De todas formas, esta justicia cautelar administrativa «*de vía estrecha*» es hoy constitucionalmente inadmisibile. Este es el sentido del Auto del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1989 (Sala 3.ª, Sección 1.ª). También otras sentencias lo han puesto de manifiesto.

d) El acceso al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) también ha sufrido graves recortes por efecto de una jurisprudencia abusiva y retrógrada que ha cercenado derechos de los justiciables y ha propiciado verdaderas denegaciones de justicia. Aquí ni siquiera queremos citarla dejando al lector la búsqueda de la misma que hoy no tiene sino un valor histórico y meramente anecdótico. Sí, por el contrario, cabe citar la doctrina más progresista del Tribunal Constitucional. Así lo atestiguan las SSTC 160/1985, de 28 de noviembre, 24/1987, de 25 de febrero y 141/1985, de 22 de octubre. El Tribunal Supremo se ha decantado también por esta línea aperturista —incluso para los intereses colectivos de todas las Asociaciones e instituciones o corporaciones— destacando las de 13 de febrero de 1984 (Sala 3.ª), 2 de julio de 1985 (Sala 3.ª) y 2 de diciembre de 1986 (Sala 3.ª)<sup>7</sup>.

Y lo que es peor es que, el legislador de 1992, en vez de aprovechar la oportunidad que le brindaban las saludables enseñanzas del TC y el TS, ha desaprovechado, al menos parcialmente, la ocasión para poner orden en este desaguizado. Con esa estre-

<sup>6</sup> Cfr. STS de 30 de noviembre de 1988 (Sala 4.ª, FF.JJ. 1.ª y 2.ª). El ATS de 30 de septiembre de 1988 (Sala 5.ª) ha sentado —junto con otras: 7 de diciembre de 1988 (Sala 4.ª), 21 de diciembre de 1988 (Sala 5.ª)— la siguiente doctrina:

«La suspensión del acto administrativo impugnado, o disposición de carácter general, es factible concederse por el Tribunal a instancias del actor, según facultad atribuida por la LJCA en su art. 121.1. Sin embargo, esta concesión tan sólo puede ser otorgada cuando la ejecución hubiese de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, según disposición expresa del art. 122.2, dado que la suspensión del acto o disposición recurribles es una medida cautelar que tiene por objeto preservar el resultado del proceso, de manera que una ejecución anticipada no frustre las consecuencias inherentes a la tutela judicial efectiva.

En el caso ahora enjuiciado, parece evidente que la ejecución del acto recurrido —no renovación del permiso o autorización de la Sala de Bingo—, con independencia de la pérdida de ingresos a la Asociación recurrente, el cierre del local comportaría el cese de la actividad y consecuente privación de trabajo a los empleados que en ella prestan sus servicios, con pérdida de sus retribuciones y recursos económicos, lo que obliga a considerar que la ejecución anticipada del acto recurrido, puede acarrear daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, aconsejando, por consiguiente, ratificar la suspensión que decreta el auto apelado, máxime cuando la propia Administración, por resolución de 20 de octubre de 1986, teniendo en cuenta tales motivos, acordó la suspensión del acuerdo inicial mientras se recurría en alzada y se sustanciaba ésta.»

<sup>7</sup> La STS de 4 de junio de 1985, FF.JJ. 2.ª y 3.ª (Sala de Revisión), en relación con la legitimación activa de las CC.LL. —tema éste muy debatido y negada la legitimación durante muchos años por el TS—, sienta esta interesantísima y plausible doctrina:

«... siendo patente la contradicción entre las sentencias referenciadas, para declarar la doctrina más acertada y conforme con el ordenamiento jurídico vigente, conviene señalar que por las diferentes Salas de esta Jurisdicción del TS se dictaron numerosas sentencias que originaron una corriente jurisprudencial restrictiva de la legitimación activa de los Ayuntamientos para impugnar disposiciones generales de ámbito nacional por entender que su propia competencia territorial limitada impedía la defensa de sus intereses municipales más allá de su territorio, pero esta corriente varía a partir de la CE 1978 por el reconocimiento expreso que hace de la autonomía de los Municipios en su art. 137 y por la protección judicial que concede en el art. 24.1 al otorgar la tutela efectiva judicial a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, siendo esta última corriente la que debe declararse más acorde con el ordenamiento jurídico vigente, pues la CE ha supuesto un cambio esencial en nuestro ordenamiento jurídico en la cuestión sometida a revisión por la doble vía ya indicada ya que el reconocimiento de la autonomía municipal implica coherentemente la necesidad de permitir al municipio la plena defensa de sus intereses, lo que exige la posibilidad de impugnar una disposición general cuando incida en sus propias competencias, como acontece en el caso presente (Reg. de Transportes en Automóviles ligeros), por lo que ha de estimarse que la Corporación Municipal recurrente tiene la legitimación exigida en el art. 28.1.b) LJCA al estar obligada a defender los intereses que representa y, de otra parte, el art. 24.1 CE al otorgar la tutela judicial efectiva evitando la indefensión también concede a la Corporación municipal dicha legitimación que de negársela podría ocasionar indefensión si la disposición reglamentaria que trata de impugnar lesionase sus intereses representativos que ha de defender, y esta doble vía para reconocer la legitimación a las Corporaciones municipales no sólo se ha seguido después de la CE en el TS (Sala 4.ª) S. de 11 de abril de 1981, sino también en la de 28 de enero de 1981 de la Sala 5.ª y otras posteriores a la sentencia que se revisa.»

chez de miras y ese mimetismo absurdo de que ha hecho gala<sup>8</sup> ha redactado un lamentable art. 31 LRJ y PAC que deja sombras en un estrecho pasillo de suyo bastante intransitable.

Tampoco nos gusta mucho la regulación del trámite procesal de las alegaciones previas (art. 71 LJCA) que, en relación con el 82 de la misma Ley, y puestos en conexión, han supuesto la inadmisibilidad *a limine* del proceso. Esta actitud ha sido, sin embargo, matizada más recientemente por el propio Tribunal Supremo<sup>9</sup>.

Hay que rechazar también la regulación actual de los trámites procesales de vista y conclusiones (arts. 76 a 79 LJCA) por insuficientes e inadecuados. Como el recurso contencioso-administrativo es un proceso judicial más, no parece de recibo mantener este «juicio *al acto*» y el juicio oral — junto con lo que después se dirá— habrá de ser preceptivo salvo en contadas ocasiones<sup>10</sup>.

La posibilidad de inadmisión de recursos contencioso-administrativos en todos los casos que contempla el art. 82 de la LJCA habrá de verse recortado, pues no todos ellos son hoy admisibles sin contradicción. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ocuparse de alguna de las causas de inadmisibilidad que recoge el citado art. 82 como la 126/1984, de 26 de diciembre y 22/1985, de 2 de febrero (esta última trascendental a los efectos que ahora interesan y que no reproducimos por su desproporcionada extensión pero que el lector puede localizar en el BOE de 5 de marzo de 1985)<sup>11</sup>.

Cuestión vital —tan vital y visceral que la situación actual atenta contra las bases mismas del Estado de Derecho<sup>12</sup>— es la regulación de la ejecución de sentencias<sup>13</sup>. Parece ser, no obstante lo dicho, que con las previsiones constitucionales y una recta aplicación de la Ley Jurisdiccional, los

<sup>8</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA* n.º 75/1992.

<sup>9</sup> SSTs de 4 de julio de 1986, 4 de octubre de 1986 y 12 de mayo de 1987 (Sala 3.ª).

<sup>10</sup> Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980; M. L. HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

<sup>11</sup> La STS de 19 de enero de 1985 (Sala 4.ª) contiene la doctrina general sobre las causas de inadmisibilidad. Dice así: «... cuestión primera a resolver es el exámen de los supuestos vicios del procedimiento administrativo que se alegan por la parte actora; y que se dicen cometidos en el cauce procedimental que sirvió para dictar las resoluciones impugnadas, habida cuenta no sólo de la alegación de parte, sino también del carácter público que ostenta el procedimiento, por lo que sus infracciones preceden al resto de las cuestiones que el recurso jurisdiccional de que se trata pueda ofrecer incluso sobre las causas o motivos de inadmisibilidad, como viene manejando nuestro TS en múltiples sentencias, entre las cuales pueden destacarse las de 27 de mayo de 1970, 2 y 5 de marzo de 1971, 24 de mayo de 1972, 14 de noviembre de 1974 sobre las causas de inadmisibilidad que afectan a los presupuestos procesales del propio órgano jurisdiccional, bien entendido que, aun cuando pueda recogerse *ex officio* por las Salas de la Jurisdicción (S. de 24 de mayo de 1972), no toda infracción del procedimiento acarrea la nulidad de pleno derecho de actuaciones, ya que sólo tan excepcional remedio debe quedar reducido, entre otras causas, y quizás la principal, a la hipótesis de la infracción denunciada, hubiere causado indefensión del administrado, como así vienen proclamando el TS, entre otras, en las SS. de 5 de febrero de 1971, 3 de julio de 1972 y la ya citada de 14 de noviembre de 1974 por lo que la labor de la Sala ha de circunscribirse primariamente al análisis de la supuesta y denunciada infracción de la falta de audiencia o indefensión y con preferencia a las causas de inadmisibilidad invocadas por la Corporación local demandada, representada por el Sr. Abogado del Estado y, por supuesto, con anterioridad a la cuestión de fondo.»

<sup>12</sup> J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, «La imposibilidad de declarar en sentencia la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo», *REDA* n.º 78/1993.

<sup>13</sup> STC 148/1989, de 21 de septiembre (BOE n.º 250, de 18 de octubre de 1989). Dice así: «El problema que aquí se plantea —dejando ahora aparte el de la igualdad— es, como en el de otros tantos casos resueltos por este Tribunal, el de la extensión del derecho a la tutela judicial efectiva a la fase de ejecución de sentencias judiciales, resuelto siempre en sentido afirmativo, instaurando, después de la vigencia de la CE y según sus preceptos (arts. 117.3 y 118), otra tónica distinta, más eficaz y en consonancia con las atribuciones del Poder Judicial, para ejecutar sus resoluciones, en cuanto dicho Poder Judicial o Jurisdicción se integra no sólo con la potestad de decir el Derecho, sino con la ejecutiva o de ejecución, ordenando la misma y haciendo cumplir sus resoluciones, tanto a los particulares como a las Administraciones públicas, supuesto el interés o la participación de éstas en el proceso. En tanto en cuanto, pues, la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos jurisdiccionales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional, según la STC 167/1987, es obvio que ello implica —como otra cara de la misma moneda— el deber jurídico de protección, tutela y amparo (24 CE) y que, por ello, cabrá siempre la posibilidad de impetrar el amparo constitucional cuando el judicial ordinario por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible. Pero no es en realidad éste el verdadero tema que plantea el recurso, sin que las otras partes pongan en duda, de otro lado, la doctrina someramente expuesta, es decir, la de que el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales en sus propios términos forma parte del contenido del art. 24.1 CE (SSTC 32/1982, 61/1984, 15/1986, 155/1985, 176/1985, 33/1986, 34/1986, 118/1986, 125/1987, 205/1987, 167/1987 y 215/1988.»

Tribunales podrían obligar a la Administración a ejecutar sus fallos, dejando a un lado la condescendencia y la tibieza, y conminando a las autoridades administrativas —en trámites de ejecución— a llevar a puro y debido efecto lo mandado. La situación actual es muy lamentable.

## II

El propio concepto y objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa debe cambiar rápidamente como propone S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ y otros autores lo han puesto de relieve antes<sup>14</sup>. Precisamente una concepción jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo que critica el autor del libro que comentamos —pero que también se ha encargado de sostener el TC en sentencia n.º 68/1985, de 27 de mayo (BOE n.º 153, de 27 de junio de 1985)—, es la STS de 24 de septiembre de 1984 (Sala 3.ª) que dice:

«... por exigencias metodológicas del proceso, ha de ser examinada en primer lugar la causa de inadmisibilidad del recurso propuesta en segundo término, ya que lógicamente ha de ser analizada la que condiciona la facultad jurisdiccional del Tribunal para enjuiciar el objeto del litigio, y en esta coyuntura se advierte, en efecto, que el Real Decreto impugnado ha sido dictado en el ejercicio de una potestad constitucionalmente reconocida en el art. 115 de la Carta Magna, al Presidente del Gobierno "*bajo su exclusiva responsabilidad*" y es patente que su contenido desborda lo que viene comúnmente definido como acto de la Administración pública sujeto al Derecho administrativo, lo que elimina la posibilidad de su fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativo por estar fuera de las facultades de revisión de este Tribunal, conforme al ámbito material sustantivo de esta jurisdicción, definido por el art. 1.1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, lo que, obviamente, nos sitúa en la previsión del art. 82, a) de la misma Ley con la consecuencia ineluctable de declarar la inadmisibilidad del recurso promovido y sin que, por tanto, hayan de ser examinadas ni las demás causas de inadmisibilidad ni los motivos de oposición formulados en cuanto al fondo de la cuestión planteada.»

Como vemos, el Tribunal Supremo, se atiene únicamente al estrecho concepto del objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa resucitan-

dose, al propio tiempo, el viejo concepto de acto político o de gobierno —que, en el caso concreto, está justificado— sobre lo que ha escrito recientemente A. EMBID IRUJO.

En el mismo sentido la STS de 25 de febrero de 1983 (Sala 5.ª), que dice:

«... ha sido constante y continua la doctrina de este Tribunal de considerar que para que formal y materialmente el acto sea administrativo, es preciso no sólo que la exclusión la verifique una Ley formal, sino que se indique en tal Ley que aquellos actos o resoluciones quedan exceptuadas o excluidas del recurso contencioso-administrativo, pues en otro supuesto se estima que sólo están prohibidos los recursos administrativos o gubernativos pero no los judiciales, Ss. de 26 de abril de 1976, 13 de octubre de 1976, 10 de octubre de 1977 y la más reciente de 11 de marzo de 1981.»

## III

Pero retomemos el hilo conductor de nuestra exposición volviendo al libro de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. De éste nos interesa destacar lo siguiente:

Tras un prólogo de T. DE LA QUADRA-SALCEDO, la obra está dividida en seis partes, constando la primera de tres capítulos y la segunda parte de cinco capítulos, y los temas se desarrollan así:

1. El primer capítulo de la primera parte está dedicado a la exposición de la inadecuación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa con la Constitución española, ocupándose especialmente del diseño de este orden jurisdiccional en la vigente Ley, la necesidad de adecuarla al marco constitucional, los principios del Estado social y democrático, el art. 24 CE y la concepción subjetiva de este orden jurisdiccional así como las repercusiones procesales de una tal concepción.

2. El segundo capítulo está dedicado a la necesidad de adecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa y a la concepción social y democrática de la Constitución y sus efectos procesales, dedicando especial atención a la pretensión prestacional y los principios jurídico-procesales como vía de solución y la necesidad de completar el ordenamiento jurídico-administrativo con una segunda realidad jurídico-procesal y el refuerzo que supone el Estado democrático.

<sup>14</sup> J. TORRES MAS, «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP* n.º 122/1990.

Aquí hace el autor algunas proposiciones y da algunas respuestas que, para quienes conocemos su obra, no sorprenden en absoluto<sup>15</sup>, sugiere que la concepción del contencioso español debe cambiar para tomar un cariz subjetivo. Ello implica que se tengan en cuenta los intereses de los ciudadanos más que la mera pretensión de anulación o el recurso de plena jurisdicción que es la forma más desarrollada del proceso contencioso-administrativo en España. Para ello sugiere que la relación jurídica entre Administración y ciudadanos no se refiera sólo a la actividad administrativa de limitación (policía), sino que obedezca a la tutela de los intereses de los ciudadanos. Esta necesidad de protección jurídica del ciudadano, motivada por los principios constitucionales conocidos, conlleva la admisión de pretensiones prestaciones (*Leistungsklage*) y la instauración —como ocurre en Alemania con la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1960— de un sistema procesal administrativo prestacional (*materielles Recht der Leistungsverwaltung*) con lo que se llegaría a una concepción subjetiva del proceso administrativo.

Por eso afirma S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ que hasta la actualidad la atención doctrinal no se ha centrado especialmente en el sistema de pretensiones procesales, fruto de la concepción más o menos consciente según la cual la función de la jurisdicción contencioso-administrativa es el control de la Administración. La nueva concepción subjetiva que impone la Constitución española exige (art. 24), por contra, una mayor atención procesal de los intereses jurídico-subjetivos. El primer paso, en esta profundización de la concepción jurídico-subjetiva, es el de amoldar el sistema de pretensiones a tales intereses<sup>16</sup>.

3. El capítulo tercero se ocupa —continuando con la idea central que anima toda la obra— de la necesidad de adecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la concepción subjetiva de la constitución y sus efectos procesales con especial atención a la concesión de una justicia administrativa inadecuada con el interés del sujeto que acude a la jurisdicción por culpa de la inadecuación del sistema de pretensiones procesales con el interés subjetivo real del recurrente, la necesidad de regular expresamente una medida cautelar positiva, el

sistema plural de pretensiones y las facultades judiciales en el proceso administrativo así como otros efectos de la concepción subjetiva que se propone, la función del control de la legalidad administrativa dentro de la concepción subjetiva del proceso administrativo así como el problema de la extensión del control judicial y la incidencia especial en la cuestión de la discrecionalidad administrativa y las pretensiones prestaciones, el ejercicio de una pretensión prestacional y la discrecionalidad administrativa, la pretensión prestacional a favor de terceros o el problema del resarcimiento procesal del interés subjetivo en que la Administración actúe frente a un determinado sujeto, virtualidad procesal de los derechos fundamentales como fuente de extracción de pretensiones prestaciones, el problema de la inexecución de sentencias y la ejecución de sentencias dentro de un sistema procesal administrativo de índole subjetiva así como el acceso a la jurisdicción en este sistema procesal administrativo de índole subjetiva.

Cabe destacar el interesante estudio que realiza el autor de las medidas cautelares positivas y las garantías primarias y secundarias así como el problema que se resolvería adoptando estas medidas y obteniendo una justicia «a tiempo»<sup>17</sup>, utilizando, como en Francia, el *constat d'urgence* y el *référé*, o en Italia, el *interessi preventivi*, o en Alemania, la *einstweilige Anordnung*, etc.

También se refiere a la discrecionalidad administrativa y, desde su planteamiento de la jurisdicción contenciosa, entiende que algunos aspectos de la misma pueden y deben ser controlados por los Tribunales. Porque discrecionalidad (*Ermessen*) no es arbitrariedad. También se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) y al margen de apreciación (*Beurteilungsspielraum*).

Propone algunos remedios para la contumacia de la Administración a la hora de ejecutar las sentencias consistente, al uso en la Comunidad Europea, en la imposición de multas a las autoridades y funcionarios reticentes (*vid. art. 172.2 TUE*). Esto, sin embargo, solucionaría sólo parcialmente el problema, a nuestro juicio.

Para S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa no es, como ahora, el acto administrativo, sino los «asuntos jurí-

<sup>15</sup> S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, ed. Civitas, Madrid 1993.

<sup>16</sup> S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ed. CGPJ, Madrid, 1994, págs. 35 y ss.

<sup>17</sup> C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la Justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

dico-públicos» como ocurre en Alemania, proponiendo, además medidas cautelares frente a la vía de hecho<sup>18</sup> que en la República de Weimar eran actos arbitrarios (*reine Willkürsakte*) que no podían considerarse verdaderos actos administrativos<sup>19</sup>.

La protección de los derechos e intereses de terceros en el procedimiento quedaría garantizada con las propuestas del autor. Es interesante el caso de los interesados en el procedimiento para la concesión o denegación de licencias de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas. En muchos casos, con el estado actual de la legislación —reglamento de 30 de noviembre de 1961— y la jurisprudencia, el que pueda ser parte en el procedimiento y en el posterior proceso, no pasará de ostentar la condición de denunciante. Al no existir la acción pública en materia de defensa de la legalidad administrativa, estas denuncias serán, por regla general, «papel mojado»<sup>20</sup>.

La segunda parte del libro cuenta con la siguiente estructura:

1. En el capítulo primero se expone la defensa y desarrollo del Derecho público como capaz de generar soluciones procesales a los problemas procesales del propio Derecho público con detenimiento en la huida a soluciones de Derecho privado.

2. El segundo capítulo estudia las vías de hecho como ejemplo de la intromisión del control de los tribunales civiles ante la falta de desarrollo procesal del Derecho público.

3. El capítulo tercero está dedicado al estudio de la inadecuación del control de los tribunales civiles de las potestades dominicales.

4. El capítulo cuarto se refiere a los litigios nacidos de las relaciones jurídicas entre concesionarios y usuarios de servicios públicos con la importante conclusión de que la relación jurídico-pública entre contratistas y Administración, será de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios que relacionen a concesionarios y usuarios y así lo en-

tiende también E. RIVERO YSERN que lo ha puesto de relieve en alguna ocasión<sup>21</sup>.

5. El quinto capítulo está dedicado al efecto de la inadecuación del control de la jurisdicción contencioso-administrativa con los asuntos para los que está llamada a conocer y el interesante —aunque no totalmente nuevo— fenómeno de la huida del Derecho Administrativo aportando una solución original e interesante desde el Derecho comunitario europeo<sup>22</sup>.

El resto de la obra continúa con una tercera parte dedicada al problema de la insuficiente protección del medio ambiente, la cuarta parte, a otros ámbitos del Derecho administrativo y su proyección procesal, la quinta parte, a los problemas del proceso contencioso-administrativo y sus soluciones y, finalmente, la sexta, dedicada está al estudio de la concepción del sistema procesal administrativo como mero reflejo de una concepción general y global del Derecho administrativo destacando al individuo como punto de partida del Derecho procesal administrativo.

#### IV

En fin, el trabajo que ofrece ahora S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ no está exento de cierta novedad y originalidad. Así, puntos medulares del mismo son las proposiciones siguientes: a) subjetivación del proceso administrativo y, b) fundamentación del Derecho administrativo en la idea de relación jurídica.

Esto último, sin embargo, hay que aclararlo. Hay que saber si —admitidas las pretensiones prestacionales, positivas o negativas, de los administrados, y la entera reforma del proceso administrativo— el otro sujeto de la relación habría de seguir siendo la Administración, como quieren unos, o, si, por el contrario, es el propio Estado el sujeto frente al que actúa el ciudadano<sup>23</sup>.

En definitiva, hay que felicitar a S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ por este nuevo libro y recomendar a

<sup>18</sup> S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.

<sup>19</sup> S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.* nota anterior.

<sup>20</sup> Cfr. STS de 7 de noviembre de 1990 (Sala 3.ª, Sección 5.ª) que reconoce que el denunciante de una actividad clandestina tiene derecho a que la Administración actúe, es decir, le haga caso, y efectúe sus comprobaciones oportunas, imponiendo medidas correctoras o mandando clausurar la actividad, en su caso, es decir, si no las adopta o carece de la preceptiva licencia municipal.

<sup>21</sup> E. RIVERO YSERN, «La protección del usuario de los servicios públicos», *RAP* n.º 87/1978.

<sup>22</sup> Cfr. E. ROCA ROCA, «Las técnicas societarias en la Administración pública española», en *La Administración Instrumental, libro-homenaje al profesor M. F. Clavero Arévalo*, ed. Civitas-Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, Madrid, 1994, vol. 1, Véase también la Directiva 90/531 sobre prescripciones legales en lo tocante a la contratación de las Administraciones públicas.

<sup>23</sup> A. GALLEDO ANABARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, ed. Tecnos, Madrid, 1992.

especialistas y a profanos su lectura que les será muy provechosa.

Igualmente provechosa lo será para el legislador ordinario en la tarea de elaboración y aprobación de una nueva Ley Jurisdiccional cuya necesidad es manifiesta y perentoria.

Repetimos nuevamente nuestra felicitación al autor.

Francisco-Javier Jiménez Lechuga

**PAGES I GALTES, J.: *Fiscalidad de las aguas*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, 266 págs.**

El ciclo biológico del agua tiene una influencia decisiva en los modos de vida del hombre, siendo causa por ello de regulaciones detalladas para evitar una utilización inadecuada de un recurso como éste, que ha perdido la condición de bien de consumo libre, debido no sólo a su escasez, sino también a la elevada degradación que presenta.

El libro que comentamos dedica su atención al régimen económico-financiero vigente del sector hidráulico en España<sup>1</sup>, cuyo fundamento, en opinión del autor, descansa en la creciente intervención del sector público con el fin de garantizar el abastecimiento, recogida y depuración de agua, que provoca los correspondientes gastos públicos cuya cobertura se intenta conseguir a través de los ingresos que en el desarrollo de la obra se detallan. El profesor PAGES I GALTES efectúa la exposición de la fiscalidad hidráulica en razón del titular o sujeto activo del gravamen distinguiendo, con este criterio, entre recursos financieros del Estado, de las

Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales<sup>2</sup>; como complemento añade detallados índices de resoluciones judiciales y administrativas, así como de las disposiciones normativas que disciplinan la materia y que permiten al interesado localizar las dispersas regulaciones existentes en el tema.

El análisis del sector estatal se centra en los ingresos contemplados en la Ley 29/1985 de Aguas y en la Ley 22/1988 de Costas, que reglamentan el sector de las aguas continentales y marítimas y constituyen, por tanto, el cauce apropiado para la articulación de medidas fiscales. La exposición comienza con el canon de regulación y la tarifa de utilización del agua contenidos en la primera de las Leyes mencionadas<sup>3</sup>, considerándolos como una contribución especial por el beneficio obtenido por el sujeto pasivo en virtud de las obras de regulación de recursos hidráulicos y admitiendo el autor la posibilidad de configurarlos como una tasa, cuando su base imponible se integra solamente por los gastos de funcionamiento, conservación y administración de las obras, transcurrido el período de amortización correspondiente<sup>4</sup>; como consecuencia, asume su caracterización con notas propias de ambas instituciones tributarias, diferenciando la aplicación del tributo en dos fases, según se considere una u otra figura tributaria.

Seguidamente el autor analiza la estructura jurídica de los cánones de vertido incluidos en ambas Leyes<sup>5</sup>, cuya nota destacada consiste en la afectación de la recaudación obtenida a fines de protección y saneamiento de las aguas, a pesar de que el hecho imponible se defina por la norma como la concesión de la autorización para realizar el vertido, circunstancia que destaca el autor, designando dicha autorización como elemento esencial del tri-

<sup>1</sup> No obstante ya el título nos advierte de la especial referencia que efectúa a la legislación catalana, manifestada en un mayor detalle explicativo al estudiar los gravámenes de esta Comunidad Autónoma, si bien hay que decir que la mayoría de los tributos existentes en otras Regiones utilizan una estructura y finalidades similares a los de aquella Comunidad, configurándose así como una de las que más ha desarrollado este campo de la tributación.

<sup>2</sup> El esquema que adopta el autor para analizar los diferentes ingresos se repite a lo largo de toda la obra con ligeras variantes, según la siguiente estructura: objeto, naturaleza jurídica, hecho imponible, sujeto activo, sujeto pasivo, cuota tributaria, período impositivo, devengo y gestión.

<sup>3</sup> Vid. art. 106 de la Ley de Aguas.

<sup>4</sup> La consideración del canon de regulación de cursos de agua como contribución especial estatal ya la exponía M. VEGA HERRERO, en la obra *Las contribuciones especiales en España*, Instituto de Estudios Fiscales, 1975, pág. 127, en relación con la legislación de Aguas vigente en aquel momento, en especial el Decreto de 4 de febrero de 1960 que convalidaba dicho canon de regulación.

Vid. págs. 19 y 20 del libro y, las referencias en relación a esta cuestión a la obra de J. GONZÁLEZ PÉREZ, J. TOLEDO JAUDENES y C. ARRIETA ALVAREZ, *Comentarios a la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>5</sup> Arts. 105 Ley de Aguas y 85 de la Ley de Costas.

Debemos advertir que el vocablo canon, profusamente utilizado en las normas sobre las que discurre la monografía objeto de comentario, se encontraba ya como integrante de la definición de exacciones parafiscales incluida en el art. 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, que las regulaba, si bien y debido al carácter tributario de las mismas, en cada caso concreto se precisa realizar un esfuerzo doctrinal por subsumir el gravamen en una de las tres categorías tributarias básicas o excluirlo de ellas, situándolo en la esfera del precio público.

buto y que permite catalogarlo de tasa; de esta manera, la acción de verter se configura como una solicitud de un servicio público obligatorio, si bien la cuota tributaria se cuantifica en función de la carga contaminante recibida por el agua, lo que busca adecuar el ingreso a un fin de protección ambiental.

Los cánones de ocupación del dominio público, hidráulico y marítimo-terrestre<sup>6</sup> ocupan el siguiente punto del primer Capítulo y, aunque de acuerdo a la Ley de Tasas y Precios Públicos, nos situamos ante un precio público, el autor afirma que mantiene la naturaleza de tasa, ya que no se puede excluir de su régimen por un mero cambio de denominación<sup>7</sup>.

Finaliza el epígrafe dedicado a la Administración Central mencionando las tasas articuladas por el art. 86 de la Ley de Costas cuyos supuestos y régimen jurídico coinciden con los habituales de dicha figura tributaria y declarando la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de los gravámenes hasta aquí referidos<sup>8</sup>.

La situación en el ámbito de las Comunidades Autónomas se estructura en dos bloques diferenciados: el correspondiente a la Comunidad catalana y la del resto de Regiones.

La imposición hidráulica en dicha Autonomía descansa fundamentalmente en dos figuras que el autor aborda detenidamente. La primera consiste en el canon de infraestructura hidráulica<sup>9</sup> que grava el consumo de agua por parte del sujeto pasivo, lo que lleva a opinar al profesor PAGES I GALTES que nos encontramos ante un impuesto, ya que el hecho imponible se desvincula de cualquier actuación administrativa, y no ante una contribución especial

causada por el coste de las obras de abastecimiento de agua.

En su regulación jurídica podemos resaltar dos cuestiones de interés: en primer lugar la posición de las entidades suministradoras que se encargan de facturar y recibir el ingreso correspondiente a los abonados, pero sin asumir la condición de sustitutos del contribuyente, sino de colaboradores con la Hacienda en la recaudación; en segundo término, la especial complejidad que conlleva el procedimiento de cuantificación del tributo, que prescribe la aplicación de diferentes coeficientes correctores en razón de la concentración demográfica y del tipo de uso del agua (doméstico o industrial).

El segundo gravamen, denominado incremento de tarifa y canon de saneamiento<sup>10</sup> podemos concebirlo como el complemento del anterior, puesto que recae sobre la recogida y tratamiento de los recursos hídricos, mientras que la figura estudiada primeramente incide en la captación y distribución. Como aspecto capital de este apartado, el autor procede a aplicar la distinción entre el objeto-fin y el objeto-material de los tributos a fin de sostener la naturaleza jurídica de impuesto de este tributo, ya que, al igual que sucede con el canon de infraestructura, el supuesto de hecho se articula en función del consumo de agua, con el matiz añadido en este caso de la susceptibilidad de contaminar (objeto-material), en lugar del beneficio que obtengan los individuos afectados por las obras de saneamiento (objeto-fin)<sup>11</sup>.

El incremento de tarifa recae sobre las personas físicas o jurídicas que reciban el agua por medio de entidad suministradora, mientras que el canon de saneamiento se aplica a quienes la captan por me-

<sup>6</sup> Regidos por los arts. 104 de la Ley de Aguas y 84 de la Ley de Costas.

<sup>7</sup> *Id.* pág. 34 y la argumentación allí citada en apoyo de esta tesis.

A esto debemos añadir la reciente declaración de inconstitucionalidad del art. 24-1-a) de la Ley de Tasas y Precios Públicos por la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre (BOE de 12 de enero de 1996) que catalogaba como precio público la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, considerada por la Sentencia como una prestación patrimonial de carácter público que debe quedar sometida al principio de reserva de ley. De todo ello podemos concluir que la interpretación del autor es correcta y que el supuesto citado entraría de lleno en el ámbito de la tasa.

<sup>8</sup> El tratamiento que ha desplegado el autor, aunque conciso, consigue proporcionar al lector una diáfana visión de los recursos de titularidad estatal vigentes, completándose el mismo con supuestos puntuales como el abastecimiento de agua de Mallorca derivado del Real Decreto-Ley 9/1994, de 5 de agosto, la posible permanencia del canon de vertidos nocivos a la riqueza piscícola del art. 6 de la Ley de Pesca Fluvial o el canon por ocupación de saltos a pie de presa establecido por el art. 132 del Real Decreto 849/1986 del dominio público hidráulico.

<sup>9</sup> Creado por la Ley catalana 5/1990, de 9 de marzo, de infraestructura hidráulica de Cataluña, con las modificaciones posteriores que se señalan en las págs. 45 y 46 de la obra.

<sup>10</sup> Regulado por la Ley catalana 19/1991, cuya evolución legislativa se detalla en la pág. 67 y en la nota a pie de página número 72, en cuanto a su desarrollo reglamentario.

<sup>11</sup> Esta opinión nos muestra la incertidumbre en la que se mueve el legislador a la hora de definir los nuevos tributos hidráulicos, mezclando características propias de la tasa, el impuesto y la contribución especial, circunstancia que se agrava en el supuesto de gravámenes como éste con matices de protección ambiental.

dio de instalaciones propias o concesionales de suministro. La cuantificación presenta similar dificultad a la del canon de infraestructura, a la que se suma la eventualidad de integrar la base imponible por medio de la medición de la carga contaminante, lo que pretende desincentivar los vertidos nocivos buscando un fin ambiental.

El tratamiento de los dos recursos financieros se completa con una referencia a la posible compatibilidad de los cánones y tarifas regulados en la Ley de Aguas, a los que anteriormente nos hemos referido, con la exigencia de contribuciones especiales por obras hidráulicas, así como su probable sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido<sup>12</sup>.

En cuanto al resto de Comunidades Autónomas, el autor efectúa una visión general siguiendo el mismo esquema reseñado, verificando la existencia de tarifas de agua y sobre todo de cánones de saneamiento; para estos últimos repite idéntica argumentación, basada en la distinción entre objeto-material y objeto-fin, con el propósito de configurar los como impuestos y podemos resaltar la diferencia operada en algunas Regiones que atribuyen a las entidades suministradoras la condición de sustitutos del contribuyente, mientras que en otras se mantiene la caracterización como meros colaboradores en la recaudación<sup>13</sup>.

Como cuestión conexa a los gravámenes de las distintas Autonomías, el profesor PAGES I GALTES aborda la eventual asunción de competencias por parte de las Administraciones Autónomas de las correspondientes a los Organismos de cuenca, en relación a los ingresos públicos definidos en la Ley de Aguas y de los paralelos de la Ley de Costas, detallando las dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre todo en cuanto a la caracterización del canon de vertidos como tributo propio de las Comunidades<sup>14</sup>.

El Capítulo cuarto, dedicado al ámbito de las Entidades Locales se inicia con un tratamiento riguroso de la tarifa del servicio de distribución

domiciliaria de agua, a la que el autor cataloga como un precio público, basándose en que no es de solicitud obligatoria al no constituir una condición previa para realizar una actividad u obtener derechos o efectos jurídicos determinados. La exposición detalla el procedimiento de aprobación de la tarifa, las formas de articularla, que permiten cierta adaptación al principio de capacidad económica<sup>15</sup>, su sujeción al IVA y los problemas de impago y de acceso a la lectura del contador; como consecuencia de su estructura jurídica, consideramos que el gravamen en cuestión se erige en un medio idóneo para obtener una fuente constante de ingresos y como vehículo para la introducción de fines no fiscales relacionados con este sector ambiental, precisando de las oportunas modificaciones para el logro de dichos objetivos.

Relacionado con este recurso se sitúa el recargo local sobre el canon de infraestructura hidráulica de Cataluña, tratado por el autor a continuación debido a que incide sobre el consumo de agua y que se establece por la misma Ley creadora del canon, cuyo régimen jurídico es idéntico al tributo autonómico; lógicamente opera en el ámbito territorial de dicha Región y únicamente pueden exigirlo las Entidades que desarrollen inversiones previstas en el Programa de Obras Hidráulicas correspondiente.

El epígrafe dedicado al ámbito local se completa con el recorrido a través de diversas figuras como las contribuciones especiales por obras hidráulicas, la tasa por el servicio municipal de alcantarillado y las diferentes tasas aplicadas por la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos en el área de Barcelona<sup>16</sup>, que ofrecen al lector una visión general del estado actual de la cuestión en este nivel.

El último Capítulo nos aclara los elementos integrantes del recibo del agua, circunstancia necesaria habida cuenta de las variadas figuras impositivas que pueden incidir simultáneamente

<sup>12</sup> Estas aclaraciones nos permiten advertir la elevada presión fiscal a que se ve sometido el sector hídrico, si bien en ocasiones se deriva más del exceso de tributos aplicables que de la cuantía resultante a ingresar.

<sup>13</sup> En concreto las Comunidades de Asturias, Baleares y Galicia admiten la figura del sustituto y las de Navarra y Valencia las de colaborador con la Administración.

<sup>14</sup> *Vid.* págs. 97 a 102 en las que admite que estamos ante un tributo autonómico contra el parecer de la STC 227/1988, de 29 de diciembre, que lo sujeta al régimen de tributo cedido.

<sup>15</sup> Que oscilan entre una tarifa proporcional subvencionada, propia para sujetos con un nivel inferior de capacidad contributiva, a una incrementada, que supere la autofinanciación del servicio en vistas a gravar niveles superiores; no obstante, el autor advierte del riesgo de esta última opción ante el exceso de gravamen que puede originar, por lo que resulta imprescindible, a nuestro juicio, realizar una correcta evaluación del entorno demográfico al que se va a circunscribir.

<sup>16</sup> Entre estas últimas llama la atención la Tasa Ambiental Metropolitana de Residuos Municipales que, aunque determina su hecho imponible en razón del beneficio por el servicio de recogida domiciliaria de basuras, cuantifica la base imponible según el consumo de agua debido a la dificultad de medición de los desperdicios producidos por el obligado tributario.

en él, advirtiendo el autor que solamente con pagar la parte correspondiente al suministro domiciliario de agua, evita el que se pretenda cortar el abastecimiento por no ingresar los demás conceptos, para los que deberá acudir a la vía de apremio.

Para finalizar este breve comentario tan sólo nos resta señalar la nota de claridad aportada por el profesor PAGES I GALTES a este difícil y desperdigado campo de la tributación, frente al cual se despliegan los problemas inherentes al ámbito del poder tributario y al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como a la superposición de gravámenes en algunas Regiones, que convendría simplificar con figuras estables y armonizadas.

Antonio Vaquera García  
 Becario de investigación  
 Derecho Financiero y Tributario  
 Universidad de León

**CASSESE, Sabino: *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1995, 240 páginas.**

Conocida es la progresiva intervención que por los poderes públicos se ha ido operando en el sector económico privado en las últimas décadas, legitimada por los generalizados reconocimientos constitucionales de la iniciativa económica pública y de la intervención y planificación estatal de la actividad económica general. Mediante ella se pretenden sentar las bases del orden público económico, dictando las directrices reguladoras de la actividad económica y del funcionamiento del mercado, atendiendo crecientemente a las exigencias del interés general.

En este marco, las características tradicionales de la relación entre economía y Estado en Italia —la existencia de un sector público fuerte y extenso, una disciplina pública de la economía prevalentemente finalística, y una gestión de los servicios desempeñada por entes públicos de sector—, han sufrido un proceso de relevantes cambios en los últimos años que, no todavía concluidos, la han ido transformando tanto bajo un aspecto cuantitativo —con la extensión de la presencia pública en la economía—, como cualitativo —por la naturaleza e instrumentos de la intervención pública—, en el que el ordenamiento italiano se

ha enriquecido con nuevas disciplinas sectoriales y generales —modificación de la actividad bancaria, del sector del crédito o de la actividad aseguradora, aunque la más relevante como disciplina innovativa de carácter general ha sido la conformada por las leyes antitrust—. En esta evolución han tenido una importante intervención diversos factores exógenos, como el proceso de integración europea o la internacionalización de los mercados y de las economías nacionales.

*La nuova costituzione economica*, obra que tenemos la satisfacción de comentar, es sin duda fruto de la reflexión del autor sobre los diversos cambios que en este ámbito están provocando los nuevos instrumentos de actuación pública, nacional y europea, en las bases del Derecho Público. Declara el profesor romano en este sentido que tan sólo pretende describir las cuestiones más relevantes en el desarrollo nacional, supranacional y transnacional de tal situación, y que reclaman una reconsideración, siendo un modo para iniciar la revisión de las estructuras del Derecho Administrativo.

En cuanto a la estructura y contenido de la obra, recorre CASSESE la historia del intervencionismo público en la economía en Italia, desde su unidad hasta nuestros días, ocupando en su trabajo un lugar predominante el análisis del papel que en los últimos tiempos ha protagonizado la Comunidad Europea en tales relaciones, así como los posibles cambios que con su consolidación pueden proyectarse sobre esta relación interna. Se divide con este objeto en diez capítulos, en los que analiza la evolución operada en la materia, así como los grandes temas de lo que se denomina Derecho público de la economía, algunos de los cuales pasamos a continuación a comentar.

Definir lo que se entiende por *Constitución económica* es una labor que, siendo necesaria, es cuanto menos arriesgada, habiendo existido numerosos intentos de llevarla a cabo ya desde los tiempos de la Constitución de Weimar, en que se planteó la cuestión en la doctrina alemana. Quizás por ello, y aunque sea brevemente, en el primer capítulo y a modo de introducción, comienza el autor exponiendo los posibles significados que puede encerrar esta expresión y los métodos para su estudio. Concluye, tras analizarlos, que por tal debe entenderse aquella que viene referida a los institu-

Vid. J. L. CARRETERO LESTÓN, *La tasa por recogida domiciliar de basuras*, Universidad de Málaga, 1986, pág. 179, en donde evalúa esta fórmula de articular la base.

tos, normas y prácticas administrativas relativas a las relaciones económicas y a la empresa, y que tiene en cuenta además otros aspectos como los culturales y sociales que incidan en su ámbito. Se trata de un concepto por lo tanto en línea con el que con carácter general es admitido doctrinalmente como válido, que hace referencia al conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, y sus interrelaciones (*vid.* por todos FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, 1987, págs. 131 y ss.).

Una vez fijado tal significado, la evolución histórica de la relación entre la acción estatal y la economía privada es objeto de una sumaria descripción en el segundo capítulo. Para llevarla a cabo divide la exposición, que abarca desde el año 1861, el de la Unificación italiana, hasta nuestros días, en cuatro períodos históricos de los que destaca los hitos más relevantes, y en los que se observan las diferentes relaciones que han ido paulatinamente surgiendo, incrementando y diversificando la intervención del Estado. Con relación al cuarto y último período, que ocupa desde la mitad del presente siglo hasta la actualidad, dos son los hechos, estima CASSESE, que lo caracterizan especialmente. Señala en primer lugar la aprobación de la Constitución republicana italiana de 1948, que regula y reconoce en sus artículos 41 a 44 la propiedad privada y la empresa, estableciendo la posibilidad de su expropiación y su «funcionalización». El segundo se concreta en la expansión de la participación estatal en la actividad económica, a través de la creación de entes públicos y de sociedades con participación pública, así como en la nacionalización eléctrica. El actual modelo de Estado se distingue además, estima, por su carácter financiador, planificador y procurador del bienestar.

Concluye el análisis histórico estableciendo que hay relaciones entre el Estado y la economía que se instauran sobre la base de una disciplina «conformadora» de derechos e institutos, mientras un segundo tipo de disciplina sería «la intervención del Estado en la economía», que puede ser directa o indirecta. La intervención directa es en la que el Estado asume el papel de propietario, empresario y prestador de servicios, mientras que la intervención indirecta se da, en cambio, cuando el Estado dirige y controla la economía privada, pudiendo hacerlo mediante su dirección, por directivas o planes, o mediante disposiciones «condicionales».

Esta diferenciación va a servirle para el tratamiento de las diversas materias en los capítulos siguientes.

El tercer capítulo viene dedicado al nuevo sujeto interviniente, el Mercado Único Europeo, y, en menor medida, al reciente organismo institucional que es el Espacio Económico Europeo. Tras una breve introducción a la Comunidad Europea y sus órganos, que muestra como un poder público nuevo y original y como un potente elemento de integración de los ordenamientos jurídicos, fija de manera especial su atención en los instrumentos para su formación, como lo son la libertad de circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales, la disciplina de la competencia y las limitaciones de las ayudas estatales a las empresas.

Sabido es que, además de que la implantación de la Constitución económica europea ha modificado en parte el papel de la Administración pública en el gobierno de la economía, las consecuencias del proceso de integración comunitaria sobre los ordenamientos económicos nacionales son principalmente de dos tipos los efectos derivados de la afirmación de las anteriores libertades, y, posteriormente, la transformación de estos principios en específicas normas comunitarias, en este caso en larga medida válidas y aplicables directamente en el ordenamiento italiano. Estos instrumentos, que trata en profundidad y de manera sistemática, han cambiado, dice, los términos de la tradicional relación entre Estado y mercado, pues de un lado los mercados pierden su identidad nacional y, de otro, el Estado viene a ser progresivamente sustituido por un organismo supranacional.

Como muestra de la influencia que opera la normativa europea, son objeto de su atención los contratos públicos y la incidencia sobre los mismos de las directivas comunitarias, aunque se detiene de manera especial en la disciplina de la competencia. Considera que las reglas de la competencia constituyen una parte esencial del mercado, que mira a conformarlo, no interviniendo directamente, a través de las prohibiciones instituidas al respecto de la legislación antitrust, para concluir tras su estudio que la regulación de la competencia comunitaria viene dirigida a reforzar las cuatro libertades de circulación, que son, como se ha indicado, parte de los instrumentos para la formación del Mercado Único.

Tras el anterior estudio de los sujetos intervinientes en la relación entre la economía y los poderes públicos, trata sobre la regulación

«conformadora» constituida por la referida disciplina de la competencia. La Constitución económica italiana, estima CASSESE, ha estado caracterizada tradicionalmente por una fuerte presencia pública directa en la economía y por la ausencia de una verdadera disciplina de la competencia, lo que ha determinado un régimen proteccionista de algunos sectores productivos frente a la competencia exterior. Esta situación le ha llevado a estudiar en el cuarto capítulo de manera especial la disciplina del mercado y la competencia, temáticas a las que el proceso de integración comunitaria ha dado relevancia, tanto es así que desde diversas instancias se reclama una Constitución económica de carácter liberal, alejada de aquella tradicionalmente proteccionista. De reciente implantación en Italia —donde al igual que en los restantes países europeos venía precedida por la labor jurisprudencial—, la anterior situación ha ido cambiando lentamente en los últimos veinte años, aunque sólo hoy, señala, se comienza a percibir la naturaleza del cambio, pues desde el año 1990 existen, junto a una disciplina general de la competencia, diversas disciplinas especiales. El análisis realizado en este capítulo de las relativas a las radiodifusiones, a las editoriales, a la publicidad radiofónica y televisiva y al crédito, le lleva a considerar que el ordenamiento italiano, aunque retrasado, tiene ahora una sobreabundancia de normas no bien armonizadas entre ellas.

En los dos siguientes capítulos constituye objeto de estudio lo que al principio de la obra el autor ha definido como «intervención directa» del Estado en la economía, centrada principalmente en los servicios y empresas públicas. Pone en relación en el capítulo quinto la disciplina de la competencia y lo que denomina *public utilitis*, que identifica con las empresas que ejercen los servicios de utilidad pública o servicios públicos, servicios que satisfacen intereses generales de la colectividad. Profundiza en el régimen de estos servicios e igualmente en las tareas específicas de las empresas públicas, tanto en su aspecto formal como sustancial, de manera que, junto a los principios establecidos por el Tratado constitutivo de la CEE, las leyes nacionales generales sobre el mercado y la competencia, y las leyes especiales de sector, examina las relativas a la energía eléctrica, el transporte ferroviario, las telecomunicaciones y el servicio postal.

En desarrollo de la idea de insertar la competencia en el ámbito de los servicios públicos para asegurar servicios menos costosos y mejores —par-

tiendo de la importancia que ha tenido en Italia no tanto la calidad de los servicios ni su rendimiento, sino más bien su conformidad a las directrices y a las prioridades establecidas por las autoridades políticas y administrativas—, se refiere a continuación a la tentativa que en este sentido constituye, al igual que en otros países, la «Carta de los servicios públicos» italiana, de 27 de mayo de 1994. Además de prever determinados instrumentos de protección de los usuarios, establece la misma seis principios fundamentales referidos a los servicios públicos, que son: el principio de igualdad de los derechos del usuario; objetividad, justicia e imparcialidad; continuidad y regularidad en su prestación; participación y derecho de los usuarios a elegir entre los sujetos que prestan el servicio; derecho de acceso a la información; y eficiencia y eficacia. La existencia de esta Carta lleva a CASSESE a considerar que el régimen de los servicios está modificándose y pasando de la reserva a la regulación, estando previsto que donde no pueda llegarse a la disciplina de la competencia se provea una Carta que dicte los «principios sobre prestación de los servicios públicos», que constituye una tentativa de mejorar las relaciones entre quien presta el servicio y los usuarios.

Las privatizaciones de actividades públicas de naturaleza económica son objeto de estudio en el capítulo sexto, donde hace notar que la línea de separación entre actividad pública y actividad privada cambia continuamente en el tiempo, siendo por ello frecuentes los pasos de actividad a uno y otro sector, por lo que es difícil trazar una demarcación neta entre las actividades propias de una y otra área. Dedicar las primeras páginas del capítulo a examinar los diversos tipos de empresa pública existentes, que reduce a cuatro, según la clasificación que ha realizado la ciencia jurídica: la empresa-órgano, la empresa-ente público, la empresa-sociedad y el grupo público. En ellos se incluyen la pluralidad de formas en que la empresa pública aparece, a partir de la segunda postguerra, por la utilización de una amplia gama de modelos jurídicos y organizativos. La anterior cuatripartición de los tipos de empresa pública estima CASSESE que es más bien una clasificación de empresarios públicos, pues se individualiza a los sujetos gestores, no al régimen de actividad empresarial, caso en que la naturaleza subjetiva del gestor es indiferente para la legitimación de la sociedad. Tras el examen de las mismas, concluye que las formas de empresa pública están cambiando, en el sentido que los cuatro mencionados tipos se están sustituyendo por una

sola especie, la de sociedad con participación pública, dentro del proceso de crisis en que aquélla se encuentra.

La política de privatizaciones llevada a cabo en Italia en los últimos años —provocada tanto por la presión de la crisis financiera pública como por razones de eficiencia—, han obligado a un cambio de rumbo en el carácter del Estado, dejando atrás su política gestora para convertirse en un Estado reglamentador que ya no interviene directamente en la economía. Para el análisis de este proceso, fija CASSESE su atención en primer lugar en el sector económico público desde 1933 a 1990, años de crecimiento del sector, para posteriormente detenerse en el proceso de privatización realizado recientemente. Establece al respecto que la privatización se ha llevado a cabo a través de diversos procedimientos, que producen tres resultados diferentes: la provocación de un fenómeno de «arrastre» de todos los tipos de empresa hacia el tercero de los mencionados, la transformación de la forma jurídica de la empresa pública, sin inmutar la sustancia económica, siendo la forma la que cambia, no su control y guía, que permanecen estatales, y el redescubrimiento del Estado accionista. Siguiendo el camino trazado, dedica la última parte del capítulo al examen de las diversas privatizaciones llevadas a cabo, lo que realiza según su objeto, pues aquéllas no presentan características en ningún modo uniformes.

En los últimos capítulos se inicia el examen de lo que CASSESE ha denominado anteriormente como «intervención indirecta» en la economía. Comienza el capítulo séptimo con una resumida exposición de algunas de las variedades de los condicionamientos públicos de la actividad económica, es decir, su disciplina pública, estableciendo que la cultura jurídica ha encontrado numerosas dificultades en su análisis, tras lo que se detiene en la evolución histórica de sus formas, identificando, como había hecho al principio de la obra, los tres principales tipos de intervención, cuales son la conformativa, la finalística y la condicional. En la expresión «disciplina pública de la economía» están incluidas, señala, todas las clases de intervención indirecta de los poderes públicos en la misma, siendo necesario establecer las características esenciales de las disciplinas de tipo regulador, que según el autor son tres. En primer lugar, en las regulaciones públicas los poderes públicos entran en las relaciones interprivadas, por lo que viene a constituirse un equilibrio tripolar, entre poder público y dos o tres particulares. Los pode-

res públicos, en segundo lugar, cuando intervienen mediante regulaciones, no tutelan intereses públicos, sino intereses colectivos, por lo que en consecuencia no son portadores de intereses propios, sino de intereses de terceros. Por último, en tercer lugar, con los instrumentos reguladores los poderes públicos definen condiciones para el desarrollo de actividades privadas, no fines por los cuales éstas deben ser realizadas. Finaliza el capítulo con un análisis de las políticas comunitarias que, indica, se han ido superponiendo a las disciplinas nacionales, deviniendo dominantes, por lo que estima se hace necesario su estudio, tratando en este sentido la política agrícola común, la política industrial y la tutela de los consumidores.

Siguiendo con las técnicas de intervención indirecta, los tres últimos capítulos vienen referidos respectivamente al control de las finanzas públicas, al control de la moneda y de la divisa y al estudio de la disciplina pública de las finanzas privadas. Inicia el capítulo octavo aludiendo a la función distributiva que debe cumplir a los poderes públicos, que necesitarán para su desarrollo de la disponibilidad de recursos financieros y de la posibilidad de controlar su uso, factor este último esencial para cumplir tal función y a que se refiere el artículo 81 de la Constitución italiana. Prosigue, en consecuencia, con los problemas derivados del aumento del gasto público, considerando, tras analizar los remedios que se han introducido desde mitad de siglo, que los instrumentos instaurados en el pasado para su control han comenzado a producir efectos positivos en los últimos años, si bien presentan algunos inconvenientes que procede a señalar, finalizando el capítulo con la disciplina comunitaria dictada para contener el déficit público excesivo y asegurar unas finanzas públicas saneadas.

El control monetario, como se ha indicado, constituye el objeto de análisis del capítulo noveno, que inicia introduciendo las tres nociones esenciales para su estudio, cuales son la noción jurídica de moneda —jurídicamente se considera la moneda en un doble aspecto, como unidad de medida y como bien en sentido jurídico, atañendo su disciplina pública a los dos aspectos, pero extendiéndose también a la moneda bancaria y a las divisas—, la económica de base monetaria, y la histórica de *gold exchange standard* (sobre estos diversos aspectos ha incidido igualmente GIANNINI en *Diritto pubblico dell'economia*, Bolonia, 1993, pág. 277). Una vez introducido el tema, analiza las

principales modificaciones operadas en los últimos años en los instrumentos estatales utilizados para tal control, en particular durante la década de los '80, concretadas en una atenuación de los controles directos del volumen y de la composición del crédito mediante instrumentos administrativos, en la atribución a la Banca de Italia de un poder de determinar el costo del propio crédito y de gestionar autónomamente su propia reserva, en la atribución de un lugar creciente a operaciones de mercado abierto consistentes en la adquisición y en la venta de títulos, y finalmente en la liberalización monetaria, consistente en la eliminación de los límites a las transacciones financieras con el extranjero. Las últimas páginas del capítulo vienen dedicadas en consecuencia al sistema europeo de los bancos centrales y a la Unión Económica y Monetaria, como organismos supranacionales de control que progresivamente van adquiriendo más importancia.

El décimo y último capítulo de la obra que comentamos se dedica a la disciplina pública de las finanzas privadas, donde CASSESE comienza por señalar las tres partes tradicionales en que se divide el mercado financiero, que son el bancario, el de valores mobiliarios y el de seguros, correspondiendo a cada una de ellas un diverso tipo de operador y un diferente órgano de control. En las páginas siguientes acomete la exposición de los aspectos fundamentales de la normativa reguladora de cada uno de estos sectores y las modificaciones introducidas por el ordenamiento comunitario, comenzando por la disciplina del crédito —que acoge diversas actividades estrechamente conectadas, como la actividad de las empresas crediticias y de ahorro—, el mercado de valores mobiliarios y el de las empresas aseguradoras, finalizando con las que considera características comunes de los tres mercados.

Nos encontramos ante una obra fundamentalmente descriptiva, otorgadora de pocas concesiones a la teorización, en la que además de emprender un tratamiento minucioso de la regulación por el ordenamiento jurídico italiano de las materias que en la misma se incluyen, se exponen de una forma sistemática las interrelaciones entre aquél y el ordenamiento comunitario. Aun así hay que agradecer al profesor CASSESE las acertadas precisiones y reflexiones que, si bien escasas, hace sobre los diversos problemas que se vienen planteando en el momento de proceder a su aplicación práctica. En definitiva, la obra abarca de manera no prolija, aunque con exhaustividad, los principales ámbitos de actuación

estatal en el terreno económico, procediendo a un tratamiento general de la disciplina. La reseña bibliográfica que se acompaña, así como con el índice cronológico tanto de la legislación estatal italiana como de la normativa comunitaria que con gran intuición el profesor CASSESE ha incluido al final de la misma, nos van a permitir extender el conocimiento de los temas que aquí han sido tratados.

José Luis Blasco Díaz  
Universitat Jaume I

**CASES PALLARÉS, Lluís: *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995.**

El extenso libro de Lluís CASES, cuyo origen está en la tesis doctoral del autor, se estructura en cuatro partes —cada una de ellas susceptible de constituir una monografía— con un claro hilo conductor, a saber, el Derecho de la competencia en su vertiente jurídico-administrativa, en este caso respecto de cuatro ordenamientos jurídicos distintos.

Se trata, salvo error, de la primera monografía dedicada al vigente Derecho administrativo de la competencia español. En efecto, el Derecho de la competencia acostumbra en nuestras latitudes a ser objeto de estudio y análisis desde el prisma jurídico-mercantil, centrado en el estudio de determinadas conductas y prácticas llevadas a cabo por los operadores económicos (acuerdos sobre precios, reparto de mercados, limitación de la producción, abusos de posición dominante, etc.), mientras los aspectos jurídico-públicos y administrativos carecían, hasta la afortunada aparición de la obra objeto de comentario, de un estudio global. No debe olvidarse, como muestra de la transversalidad de los fenómenos jurídicos, que amplios sectores de lo que comúnmente se integra en el Derecho mercantil desde el punto de vista material —patentes, marcas, mercado de valores, incluso el Derecho societario, etc.— son administrativos desde el punto de vista «formal» o procedimental, en la medida que frecuentemente operan en el marco de un procedimiento administrativo que concluye con un acto de dicha naturaleza, cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. El creciente sesgo administrativista del Derecho mercantil tiene, de este modo, un claro ejemplo en el Derecho de la competencia.

Con todo, una monografía sobre Derecho de la competencia, en cualquiera de sus vertientes, no deja de ser en nuestro país una relativa novedad. En efecto, España ha sido, hasta fechas recientes y en gran medida, un Estado en donde la sobrerregulación, los monopolios, cárteles y las conductas anticompetitivas estaban, y están aún en ciertos sectores, al orden del día. La Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, devino casi en un paradigma de ley inoperante por la misma voluntad de los poderes públicos y no es hasta la entrada en la Comunidad Europea y la posterior aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (LDC), que esta temática adquiere relevancia real.

¿Cuál es la *ratio essendi* del Derecho de la competencia? Existe un consenso básico en la línea de que éste es absolutamente necesario para la existencia misma del mercado. El mercado es algo demasiado importante para ser dejado en las manos exclusivas de los operadores económicos. En realidad, es cosa sabida que la voluntad más o menos oculta de cualquier empresa es eliminar a sus competidoras para convertirse en monopolista. Por ello, la intervención de los poderes públicos en el sentido de garantizar la supervivencia del mercado, prohibiendo y persiguiendo determinadas conductas de los operadores económicos, es hoy una realidad imprescindible en las economías avanzadas. La defensa de la competencia se convierte con ello, como destaca CASES, en una función pública de obligado desarrollo por parte de los poderes públicos. No debemos sin embargo ignorar, como destaca oportunamente el autor a lo largo de la obra, que en sus orígenes americanos, el derecho *antitrust* es también un reflejo de la íntima vinculación de la libertad económica —entendiendo como tal la economía de mercado— con la libertad política. La afirmación del senador Sherman, inspirador de la ley americana, es altamente ilustrativa al respecto: «*si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir*».

Los modelos jurídico-administrativos de la competencia analizados son cuatro: Comunidad Europea, España, Estados Unidos y Alemania. La elección de los mismos no es casual. El origen de la normativa *antitrust* y de la existencia de una Administración especializada en implementarlo es claramente americana. En expresión harto ilustrativa de GARRIGUES recogida en el libro, «*los principios americanos de la legislación antitrust*

*penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania*». Tres de los citados sistemas se caracterizan por su estructura descentralizada, por cuanto la aplicación del Derecho *antitrust* corresponde a distintos niveles territoriales de poder.

En la Comunidad Europea, una muestra de lo que constituyen los fines de la misma —conseguir un mercado único y la plena integración económica— radica en el hecho que uno de los escasos ámbitos en que la Comisión ejecuta directamente el Derecho comunitario —que es una excepción a la regla general de ejecución del Derecho comunitario por los Estados miembros— es precisamente la política de la competencia. Y no podría ser de otra manera, ya que garantizar que la competencia en el mercado interior europeo no sea falseada sólo puede ser conseguido por un ente supraestatal, al menos cuando las conductas afecten el comercio entre Estados miembros, en definitiva, cuando tengan relevancia comunitaria y no meramente intraestatal. El Derecho *antitrust* es, en este sentido, uno de los ámbitos más comunitarizados, en la medida que la propia Comisión dispone de importantísimos poderes ejecutivos, de *enforcement*, pero sin que ello signifique exclusividad de la Administración comunitaria ni que sea óbice para la existencia de distintos Derechos *antitrust* estatales. La coexistencia de dos ordenamientos jurídicos y el juego Derecho comunitario-Derechos nacionales, es aquí muy importante, en la medida que en todos los Estados miembros existen regulaciones en la materia. Ello ha ocasionado no pocos problemas, en lo fundamental a propósito de la polémica entre las teorías de la «barrera única» y la «doble barrera», siendo esta última la que ha recibido, con importantes límites, el respaldo del Tribunal de Justicia (*as. Walt Wilhelm*), lo que posibilita la existencia de una doble sanción por una misma conducta.

El análisis se centra especialmente en la articulación competencial entre autoridades comunitarias y nacionales, así como la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por parte de los órganos competentes, tanto comunitarios —la Comisión, que ocupa la posición central en la política de la competencia— como nacionales. Es decir, las autoridades nacionales, además de poderes normativos, disponen de facultades para aplicar los Derechos de la competencia interno y comunitario, ya sea a título principal (Administración) o incidental (tribunales).

Se aborda también la aplicación, por parte de la Comisión, del Derecho de la competencia en sus aspectos procedimentales, con exhaustivo análisis de sus poderes, así como de los derechos de defensa que asisten a las empresas. Es destacable la trascendencia de todo ello en el Derecho interno, con las positivas influencias que determinados aspectos del procedimiento administrativo comunitario han tenido o pueden tener en España, entre muchas razones por la gran influencia de la normativa en la LDC. A título de ejemplo, piénsese en la posición y los derechos del denunciante en el procedimiento comunitario de defensa de la competencia y los que ostenta normalmente en nuestro procedimiento administrativo común, o bien en la publicación —obligatoria o facultativa según los casos— de las decisiones de la Comisión, aun con contenido sancionador, que tiene su reflejo en la publicación de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

En lo que a España se refiere, el vigente sistema de defensa de la competencia está regulado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, y consagra como principal autoridad administrativa encargada de su aplicación al TDC, organismo creado por la Ley de 1963, que ya garantizaba, al menos en teoría, la independencia orgánica y funcional de aquél respecto del Ejecutivo. Por lo que respecta a la independencia del actual TDC, CASES, critica diferentes aspectos de su estructura, que o bien minan su pretendida independencia, como los criterios de designación de sus miembros —de pura discrecionalidad gubernamental— o le restan operatividad. Respecto a esto último, algunas de las disfunciones del sistema español radican en la propia articulación del sistema, heredado en gran parte de la Ley de 1963, con el mantenimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, como órgano encargado de la instrucción de los expedientes, mientras el TDC tiene funciones de resolución y, en su caso, de propuesta. De igual modo, el importante papel que mantiene el Gobierno, mediante el control de concentraciones, por ejemplo, o la falta de competencias del TDC en el control de las ayudas públicas, constituyen lagunas importantes en el quehacer del Tribunal.

Uno de los aspectos analizados es el de la distribución territorial del poder en esta materia, y, para ser más exactos, en la ausencia de atribución de intervención alguna a las Comunidades Autónomas en la citada Ley, lo que motivó la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad,

pendientes aún de resolver por el Tribunal Constitucional después de más siete años desde la promulgación de la Ley. Las tachas de inconstitucionalidad por vulneración de las competencias autonómicas, fundamentalmente ejecutivas, alegadas por las Comunidades Autónomas recurrentes no estarían faltadas de razón, según el autor, y ello en base a los títulos competenciales estatutarios de comercio interior, sólo limitados normalmente por la competencia estatal en legislación —no ejecución— de defensa de la competencia. Puede decirse que la intervención de las Comunidades Autónomas se hace necesaria no ya por razón de mera legalidad constitucional, lo que debería bastar, sino para garantizar la eficacia misma de la aplicación del Derecho de la competencia. Así lo postula, además de CASES, el autor del prólogo y ex-presidente del TDC, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, quién desde su valiosa experiencia, reclama para aquéllas la instrucción de los expedientes en aquellos casos cuyos efectos se circunscriben al territorio autonómico.

Se estudian también el conjunto de actuaciones del TDC y del Servicio, las peculiaridades del procedimiento administrativo, así como las demás competencias del Tribunal, en materia de propuesta o elaboración de informes y estudios, que no pueden ser minimizados, dado el gran impacto que acostumbran a tener ante los sectores afectados y la propia opinión pública.

El sistema estadounidense de defensa de la competencia se caracteriza, y ello es el objeto de análisis del libro, por una superposición de ordenamientos jurídicos y de autoridades administrativas en la aplicación del Derecho de la competencia. Debe tenerse en cuenta que varios Estados disponían ya de un Derecho *antitrust* con rango constitucional con anterioridad a la *Sherman Act* de 1890, que inauguró la normativa federal en la materia en una línea, mantenida hasta el momento, de no eliminar en ningún caso las regulaciones estatales. El juego entre las normas federales y estatales está presidido por la cláusula de comercio —que opera a partir del test de afectación del comercio interestatal—, y la cláusula de supremacía, que permite al Derecho federal, mediante la técnica de la *preemption*, desplazar al Derecho estatal. El papel de los Estados en la aplicación del Derecho *antitrust*, ya sea el propio o el federal, es desde luego muy importante. Cabe mencionar al respecto a las facultades de los fiscales genera-

les estatales para perseguir las prácticas prohibidas, a través de distintas acciones procesales, entre las que destacan las *parens patriam actions*. El federalismo americano se articula a través de un conjunto de técnicas de coordinación y cooperación —entre la Federación y los Estados y estos últimos entre sí— que también se plasman en el Derecho *antitrust*, tanto de manera formal como informal.

Una de las cuestiones tratadas es la difícil sintonía y compatibilidad que puede producirse entre la normativa *antitrust* federal y las regulaciones estatales en un determinado ámbito, como el ejercicio de profesiones, los servicios públicos o cualquier otro sector económico. Las enormes posibilidades que tienen los Estados para «restringir» —desde el prisma de la normativa federal— la competencia mediante reglamentaciones y ordenaciones sectoriales han sido, por regla general, refrendadas por la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción de Estado (en especial, la sentencia *Parker v. Brown*). Ello, siempre que el Estado manifieste claramente que su opción reguladora y ordenadora tiene precisamente como objetivo desplazar la competencia y ejerza la debida supervisión sobre las conductas que ampara. Una de las principales razones de tal enfoque reside en los valores propios del federalismo, favorables a la experimentación y a la diversidad, y en este caso además en la circunstancia que la *Sherman Act* no pretende en principio restringir la capacidad reguladora de los Estados.

El sistema de defensa de la competencia vigente en Alemania, impuesto por los ocupantes norteamericanos, es un ejemplo más del federalismo de ejecución, que pivota sobre la Ley federal contra las limitaciones de la competencia de 1957 (GWB). Ésta encomienda su ejecución a distintas autoridades administrativas, federales (Ministro de Economía, *Bundeskartellamt* y *Monopolkommission*) y de los *Länder*, de tal manera que las prácticas restrictivas que afectan únicamente al comercio interno de cada *Land* quedan atribuidas a las Oficinas de Cáteles de cada uno de ellos, mientras el *Bundeskartellamt*, autoridad principal a la que se encomienda la aplicación del Derecho *antitrust*, asume el conocimiento de los casos que afectan a más de un *Land*. Es de destacar que mientras el *Bundeskartellamt* queda encuadrado organizativamente dentro de las denominadas administraciones independientes, no sucede lo mismo con

las oficinas de cáteles regionales, integradas plenamente en la estructura del Ministerio de Economía de cada *Land*, y ello debido a la voluntad de la GWB, que deja amplia libertad a los *Länder*, de no interferir en la potestad de autoorganización de estos últimos.

La distribución de competencias entre los niveles federal y subestatal se basa en una cláusula residual, según la cual los *Länder* serán competentes en todo aquello que no haya sido atribuido expresamente a autoridades federales. Aunque el margen competencial que ostentan los *Ländeskartellbehörden* sea limitado, su papel es creciente, en especial en la aplicación de normas de prohibición y de abuso de posición dominante, en donde su actividad tiene, por su propia naturaleza, un perfil menos político que en otros supuestos. El ejemplo alemán es ilustrativo de los sistemas con descentralización territorial del poder. Como ha destacado BURGBACHER, esto sucede en un país relativamente pequeño, con la ventaja que la descentralización permite la difusión social del Derecho de la competencia así como la lucha contra las tan frecuentemente locales prácticas restrictivas de la competencia. En definitiva, la posibilidad de actuación de las autoridades de los *Länder* se centra, excluyendo además los casos en que opera una atribución concreta en favor de la autoridad federal, en los supuestos con trascendencia local o regional, puesto que una conducta prohibida con incidencia en el mercado nacional o en más de un *Land* implica la atribución de la competencia al nivel federal. No puede minimizarse, al igual que en ejemplo norteamericano, el hecho que las competencias regionales dependen de un análisis caso por caso, de difícil concreción.

A la vista del vasto análisis de distintos modelos de defensa de la competencia, se imponen algunas reflexiones. Tres de los cuatro sistemas jurídico-administrativos de defensa de la competencia que se analizan en el libro se caracterizan por el reparto de competencias desde un punto de vista territorial entre diferentes niveles de poder. Tres modelos descentralizados y pluralistas, aunque ofrezcan distintas articulaciones al respecto. En ellos se plantean algunos problemas parecidos que conducen a veces a distintas soluciones. Debe destacarse, pues, la existencia de modelos con superposición de ordenamientos *antitrust* y/o autoridades administrativas encargadas de apli-

carlo, de suerte que en determinados países de la UE, como Alemania, existe un triple nivel en cuanto a la aplicación del Derecho de la competencia. En cualquier caso, el modelo americano y, más modestamente, el alemán, son ejemplares en

cuanto a la aplicación descentralizada intraestatal del Derecho de la competencia.

Maria Àngels Orriols Sallés  
Profesora Ayudante de  
Derecho Administrativo  
Universitat Autònoma de Barcelona