

IV. Sección Bibliográfica

SANTIAGO J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ:
La Jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, Madrid, Civitas, 1993.

Dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que por recensión hay que entender la «noticia o reseña de una obra literaria o científica». Esto es, justamente, lo que a continuación vamos a hacer. No está en nuestra intención realizar un comentario, examen o análisis sobre la obra de Santiago J. González-Varas Ibáñez. Y ello por razones elementales de prudencia. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania* es el resultado de un profundo estudio realizado por el autor en las Universidades de León, Münster y Freiburg. Nos encontramos ante un especialista en Derecho administrativo alemán. Ello lo demuestra no sólo que su trabajo haya merecido la atención de Martín Bullinger, Catedrático de Derecho Público en Freiburg, que prologa el libro, sino sus numerosas publicaciones en revistas especializadas sobre diversos aspectos del contencioso-administrativo alemán.

Dos son las notas que, a nuestro entender, hacen interesante un trabajo de investigación. En primer lugar su contenido, que será el objeto de las siguientes líneas, y en segundo lugar su oportunidad y utilidad. En este sentido, el trabajo de González-Varas Ibáñez aparece en un momento crucial. Aparece en el contexto de la actual reforma del sistema procesal administrativo. Y por las innumerables aportaciones y sugerencias que hace creemos que debe ser una obra a tener en cuenta por el legislador ante una posible reforma de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa.

Tal y como el autor subraya en numerosas ocasiones, la atención sobre el sistema

alemán ha de ser principal como modelo de derecho comparado a tener en cuenta. Y ello por su especial desarrollo, sobre todo en cuestiones tan principales como la ejecución de sentencias, medidas cautelares, el sistema de pretensiones procesales, etc. Si cabe, este interés se acentúa desde el momento en que el sistema que hasta ahora ha inspirado a nuestro Derecho administrativo, el francés, comienza a fijarse en la jurisdicción contenciosa alemana.

Sin más preámbulo y, repetimos, sin emitir juicios de valor, para lo que, por otra parte, no nos sentimos suficientemente preparados, comencemos con el somero estudio de la obra.

El libro se divide en dos partes. La primera comienza con una evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante j.c.a.) en Alemania. Aunque se remonta a la Edad Media, no es hasta 1863 («novedad de Baden», como la llama el autor) cuando aparecen los primeros tribunales con jurisdicción para resolver sobre asuntos administrativos. Lo más novedoso del nuevo sistema fue considerar que la justicia administrativa había de encomendarse a una instancia independiente de la propia Administración, propiciándose de esta manera un control efectivo sobre la legalidad en la actuación de los órganos administrativos.

Esta idea de judicialización del sistema de control supuso la consolidación de la jurisdicción administrativa frente a la jurisdicción ordinaria. Prueba de ello, sin duda, fueron las distintas resoluciones que el Tribunal Supremo prusiano dictó en favor del control de la legalidad sobre los actos de la Administración.

La segunda parte consta de cinco títulos. En ella González-Varas Ibáñez se sumerge en el estudio de la organización de

la j.c.a. en Alemania. Comienza describiendo a los órganos de esta jurisdicción: los tribunales de la j.c.a. en los *Länder* son los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos. En el *Bund* es el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo, con sede en Berlín.

En esta parte, el autor se detiene en la explicación de una figura novedosa para nuestro Derecho: la del Jurado o Jueces honoríficos. Estos, con los mismos derechos que los jueces profesionales, participan en el juicio oral y en la deliberación de la sentencia.

Aunque la presencia de estos jueces honoríficos se remonta al siglo XIX, siempre han existido posturas a favor y en contra sobre su participación en el proceso. De ellas se hace eco el autor: a favor se argumenta que con su presencia se vence la rutina propia de la Administración de Justicia y los excesos del positivismo. En contra, que la j.c.a. es una justicia muy técnica, a la que poco puede aportar un «sentimiento natural de justicia».

En el Título III de la obra se estudian los diferentes modelos de j.c.a. que se han dado en Alemania: el del Norte, que pone el acento en el control de la legalidad de la actuación administrativa, y el del Sur, que se fija más en los derechos de los particulares lesionados por la Administración. La ley actual de la j.c.a., de 1960, surge como síntesis de ambos modelos: sin dejar a un lado el control de la actividad administrativa, lo que se persigue es garantizar los derechos subjetivos. Esta ley aparece como consecuencia del deseo de profundizar en los principios del Estado de Derecho, a los efectos de judicializar totalmente la j.c.a.. Se crea, por tanto, un sistema de control judicial. Un control ejercido por una instancia independiente y «externa» a la Administración. De naturaleza jurídica. Quedando fuera de su competencia el examen de los criterios de oportunidad que inspiran a la Administración.

En lo que atañe a la forma de acceso a la j.c.a., lo principal será que el particular pueda demostrar que la Administración le ha lesionado algún derecho. El acceso a la j.c.a., el objeto del proceso y el enjuiciamiento y pronunciamiento del tribunal se centrará en la defensa y garantía de los de-

rechos individuales de los sujetos. Con ello además se está afirmando que el objeto inmediato de la estimación no es el control de la legalidad de la actividad administrativa.

Por lesión jurídica subjetiva hay que entender cualquier perjuicio en los derechos del individuo ocasionado por una medida administrativa ilegal. Un mero perjuicio, por tanto, no es una lesión jurídica. De ello se deriva que la j.c.a. no sea un medio de control objetivo de la legalidad administrativa. Su principal finalidad consiste en averiguar si se ha producido o no una lesión jurídica subjetiva. No obstante, esta lesión estará condicionada por la existencia de una infracción del Derecho objetivo.

Todo lo anterior está conectado con la fórmula de acceso a la jurisdicción, que no se hará desde el punto de vista de la Administración, sino del ciudadano. Cuando el artículo 19.4 de la Ley Fundamental alemana concede el amparo judicial para el sujeto que ve lesionados sus derechos por la actuación de los poderes públicos, está pensando en la jurisdicción contencioso-administrativa como vía adecuada. Por tanto, en aquellos casos en que se pueda identificar una lesión en los derechos de un particular, que se haya producido por una medida administrativa, la demanda será admitida. Por el contrario, cuando tal medida administrativa no haya producido lesión alguna, la demanda será inadmisibles al no gozar la posición jurídica subjetiva de la suficiente entidad o relevancia que sustancie un proceso judicial.

Como directa consecuencia de la configuración de este sistema, el particular que no se haya visto lesionado en sus derechos, no podrá exigir a la Administración el efectivo cumplimiento de las obligaciones que a ésta le hayan sido impuestas por el legislador. Si ello fuera posible no estaríamos ante un sistema de protección de intereses jurídico-subjetivos, sino ante un control objetivo de la legalidad. Como subraya González-Varas Ibáñez, para que el particular pueda exigir a la Administración que cumpla con la legalidad, es necesario tener un derecho subjetivo que se haya visto lesionado. Es en este momento cuando el autor sugiere que nuestra jurisdicción contencioso-administrativa encuentre su sentido en resarcir intereses jurídico-subjetivos, como ocurre en Alemania, en vez de ser

esencialmente un medio de control de la Administración.

En cuanto a la legitimación para iniciar el proceso, después de haber situado el objeto del mismo en la garantía de los derechos individuales, la doctrina alemana es unánime: ha de exigirse que se haga valer una lesión jurídica para que la demanda se admita y se estime. De lo contrario la j.c.a. dejaría de ser un medio orientado al restablecimiento de la lesión, para convertirse en un sistema de acciones populares donde los intereses subjetivos quedarán difuminados.

Contrasta esta regulación con la vigente en el Derecho español, donde para admitir la demanda es suficiente que el sujeto tenga un «simple interés». La razón es que en nuestro país el recurso contencioso-administrativo es esencialmente un mecanismo de control de la legalidad administrativa.

De acuerdo con el art. 40 de esta Ley, para acceder a la j.c.a. hay que estar ante un asunto jurídico-público no constitucional. Ello sucederá «cuando haya una relación jurídica de correspondiente naturaleza». La naturaleza de la relación jurídica nos indicará la procedencia de la vía jurisdiccional adecuada. Si ésta es pública entenderá la j.c.a., si es privada o penal entenderá la jurisdicción ordinaria, y si es constitucional lo hará la jurisdicción constitucional. Las demás entenderán por remisión legal.

En las páginas 138 y siguientes el autor estudia la distinción clásica que en Alemania se ha dado entre el concepto de Administración de limitación y Administración prestacional. Esta última se explica por la transformación que ha experimentado el Estado liberal hacia el modelo social de Estado. Las necesidades actuales del ciudadano de recibir mayores prestaciones por parte de los poderes públicos justifica esta evolución. El particular ha dejado de ser un mero receptor de actos administrativos para convertirse en un sujeto que reclama la actuación de la Administración Pública. González-Varas Ibáñez sólo habla de Derecho prestacional cuando se consolida una posición jurídica atacante del particular frente a la Administración, es decir, cuando el particular se dirija no contra un acto administrativo sino a pedir

que se dicte un acto o se realice una actuación determinada.

Tras un riguroso análisis de la realidad administrativa alemana, que pretende subrayar las diferencias con el sistema español, el autor lo que persigue es fundamentar la distinción entre las formas de actividad de limitación y de prestación, para constatar que en el contencioso-administrativo español faltan, por un lado, las acciones prestacionales y las correspondientes medidas cautelares, más allá de la acción de anulación y el efecto suspensivo y, por otro, las pretensiones de omisión y superación.

Como anteriormente hemos adelantado, la fórmula de acceso a la j.c.a. puede considerarse de carácter negativo: los asuntos sobre los que entiende son, en principio, aquéllos sobre los que no lo hace la jurisdicción ordinaria. La delimitación del asunto jurídico-público no constitucional sirve para trazar las barreras de entendimiento entre las jurisdicciones pública y privada.

Sobre todo asunto jurídico público (no remitido por ley a otras jurisdicciones) ha de conocer esta jurisdicción. Sobre los asuntos no jurídico públicos entiende la jurisdicción ordinaria.

Para la doctrina alemana un asunto es jurídico-público cuando la relación es de naturaleza jurídica-pública (Bosch, Schmidt, pp. 156 y ss.). El hecho de que exista esta «cláusula general» para la atribución de asuntos a la jurisdicción contencioso-administrativa, convierte el análisis doctrinal y jurisprudencial de la institución entre Derecho público y privado en el eje básico de la atribución competencial entre ambas jurisdicciones. El autor advierte que al contrario que en Derecho alemán, en España el acceso a la j.c.a. está condicionado a la presencia de un acto de la Administración. El proceso es esencialmente un medio de control de la legalidad de una medida administrativa. Esta configuración, nos dice, debe ser objeto de revisión. En las pp. 153 y ss., pero también en otros trabajos anteriores (véase «Derecho público y Derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, noviembre, 1992, pp. 947 a 957), el autor se pronuncia a favor de una nueva cláusula de acceso a la j.c.a. basada en el «asunto jurídico-público» en vez de en el acto ad-

ministrativo. El propósito no es otro que la j.c.a. deje de ser una jurisdicción revisora de actos administrativos (ver en especial las pp. 953 y 955 del artículo citado).

En el Capítulo 12 del Título III, de forma cronológica, arrancando desde el siglo XIX, el autor analiza el sentido y la posición del acto administrativo en el sistema contencioso-administrativo alemán. Señala que con anterioridad a la ley de 1960, la acción tenía por objeto impugnar un acto administrativo previo agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, con la legislación actual se supera esta concepción, afianzándose la acción prestacional general, que cubre cualquier lesión producida por la actividad de la Administración.

Se procede en el Título IV a estudiar las distintas acciones previstas en el contencioso alemán y los efectos de las sentencias resolutorias de las mismas. El Capítulo 1 comienza con el estudio de la acción de anulación. Seguidamente se describe la acción para la continuación de las actuaciones procesales hasta la obtención de la sentencia. En el Capítulo 4 el autor se detiene con especial interés en las acciones prestacionales. A su estudio más detallado ha dedicado algunos trabajos posteriores a esta obra (véase *Revista del Consejo del Poder Judicial*, n. 26, de junio de 1992, y *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 5, de mayo de 1993). Esta acción presenta la singularidad de que, de estimarse la demanda, la Administración tendrá que realizar una conducta positiva y conceder la prestación requerida. Como dice el autor, la situación típica es que la ley reconozca «al sujeto una pretensión frente a la Administración, por la que ésta está obligada frente a aquél a dictar u omitir un acto reconociendo la prestación requerida (acción obligacional) o a realizar u omitir una determinada actuación (acción prestacional general)» (pp. 220 y 221).

En el Capítulo 6 se estudian las acciones prestacionales o de condena. Con ellas lo que se persigue es que se condene a la Administración para que conceda la prestación requerida mediante la resolución de un acto administrativo. Esta acción tiene tres formas: la acción de hacer, la acción para la omisión de un acto, y la acción obligacional por inactividad. El Capítulo 7 está dedicado a la acción pres-

tacional general. Con ella se pretende que ninguna lesión producida por la actuación de la Administración en los derechos del particular, quede sin fiscalizar por los Tribunales. Una ventajosa peculiaridad de esta acción, que la diferencia de las demás, es que no está sujeta a plazos procesales, y además no es necesario interponer recurso administrativo previo a la vía judicial.

Ya en el Título V, último de la obra, González-Varas Ibáñez nos explica los principios procesales que operan en la j.c.a., y que le dotan de un carácter propio frente al proceso civil y penal. Entre ellos cabe destacar: la investigación de oficio, la concentración en el procedimiento, su carácter dispositivo, la oralidad, el principio de inmediatez, el de publicidad, de aceleración y el de libre valoración de la prueba. Nos advierte la especial importancia que tiene el Tribunal en las actuaciones preparatorias del juicio oral, donde éste realiza una auténtica misión de integración o descubrimiento de la verdad material de los hechos alegados por la parte demandante.

Los últimos capítulos del libro, pp. 432 y ss., le dedica a estudiar la delimitación competencial entre la j.c.a. y las demás jurisdicciones (ordinaria, constitucional y administrativas especiales), y las técnicas de remisión entre Tribunales de una misma o de distinta jurisdicción.

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA

M^a CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ:
Las Áreas Metropolitanas. Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas. Madrid, 1993.

Aborda la autora en este libro, con el respaldo de su anterior publicación sobre patrimonio histórico-artístico¹, la tarea de definir el marco jurídico regulador de las áreas metropolitanas, tarea no alentadora, como se desprende del texto. Marcada por un significativo déficit de regulación bási-

¹ *La ordenación jurídica del patrimonio histórico-artístico*. Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas. Madrid, 1990.

ca, contenida principalmente en el artículo 43 LBRL.

Pero antes de adelantar conclusiones vamos a seguir el camino que se propone en la obra. Se parte de una introducción histórica que la autora divide en tres períodos. El primero, al amparo de distintas normativas en la década de los años cuarenta por la que se crean las Áreas de Madrid, Gran Valencia y Gran Bilbao, y con posterioridad (año 1953) la de Barcelona surgen desde la óptica de solventar con prioridad los conflictos urbanísticos que se planteaban en estas conurbaciones, que trajo como consecuencia la desmunicipalización del gobierno metropolitano y el divorcio con los intereses que representaban los propios municipios, a lo que se añadía una fuerte presencia de organismos estatales. La segunda etapa, en pleno crecimiento económico se otorgaron unos regímenes especiales a Madrid y Barcelona, ahora ya con distintas características. Sale reforzada la figura del alcalde, se supera la perspectiva urbanística a favor de incidir en la gestión o prestación de otros servicios. Por último, la llegada de la democracia trae consigo un nuevo entendimiento de la estructura territorial, como consecuencia de la inclusión constitucional del título VIII, que trae como consecuencia la desaparición del Gran Bilbao, la extinción de la COPLACO en favor de la Comunidad Autónoma de Madrid. Barcelona y Valencia seguirán caminos diferentes, constituyéndose en las únicas áreas metropolitanas existentes hoy en nuestro país.

Después del sistema de fuentes se va a analizar el concepto y naturaleza jurídica, las competencias, la creación, modificación y extinción, organización administrativa y, por último y en concreto, los dos modelos actuales, el Consell Metropolità de L'Horta y las entidades metropolitanas de Barcelona.

De todo ello es interesante destacar varios aspectos: por un lado, la consideración de las entidades metropolitanas de Barcelona.

De todo ello es interesante destacar varios aspectos: por un lado, la consideración de las entidades metropolitanas como entidades locales, que se debaten entre dos naturalezas jurídicas, las de entes territoriales o entes institucionales, y que por

expresa designación del artículo 3.2 c) LBRL, y antes por voluntad constitucional, son de carácter no necesario, al contrario de municipios y provincias, debe por tanto respetar el ámbito de competencias a ellos asignadas, siendo necesaria la voluntad de éstos para que se cedan las que les son propias en el respeto debido a su autonomía, como es patente. La superposición de entes tiene que producir en la práctica no pocas fricciones y desconciertos agravados en determinados ámbitos en los que todavía hay que contar con otro factor más, la existencia de comarcas, principalmente en aquellas Comunidades en las que su influencia está reforzada como es el caso de Cataluña. Semejante entuerto creo que tiene una solución en la propia lógica del contexto creador de las entidades. Las áreas metropolitanas no pueden ser creadas sin un sustrato físico muy específico que describe el art. 43.2 LBRL «son Entidades locales integradas por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras». Y esta realidad física no es abundante, de modo porcentual, tiene una causa común: el desarrollo económico, y un efecto; su especial incidencia social, que en pocos kilómetros convivan miles e incluso millones de personas. Por ello, los entes territoriales existentes tienen «cierta predisposición» al entendimiento, cuando la falta de servicios o la inoperancia de éstos se traduce en votos. Y aun así, y otorgando el beneficio de la voluntad de los distintos órganos no es fácil proponer cuál deba ser el ámbito de actuación propio de cada uno de ellos.

Y ello nos lleva a otra cuestión, la investigación de cuál deben ser las competencias de las áreas metropolitanas. Tampoco se encuentra en nuestra legislación un marco mínimo competencial, éste será aquél que se diseñe específicamente para cada una de ellas, pero esta afirmación no es tranquilizadora si tenemos en cuenta que, sin embargo, la LBRL sí establece una serie de competencias municipales (art. 25 y 26) y provinciales (art. 36) que no pueden soslayarse por la creación del ente metropolitano, por más que éste pue-

da resultar adecuado e incluso necesario. Estas además son lo suficientemente concretas, sobre todo para los municipios, como para constituir un auténtico freno a su actividad. Téngase en cuenta que sus funciones van desde la seguridad a la protección del medio ambiente, ordenación urbanística o protección primaria de la salud entre otras y que cada municipio según el número de habitantes ha de contar obligatoriamente con determinados servicios. Las competencias municipales, más difusas, pueden dar lugar a un campo de acción mayor, ya que van dirigidas a las relaciones intermunicipales, siendo ésta su principal misión, que compartiría con las áreas metropolitanas aunque probablemente no en toda su extensión territorial. En todo caso, ni provincias ni municipios pueden ver alterado su contenido competencial básico de tal forma que haga peligrar su propio sentido vital, pues éste está reconocido constitucionalmente. En contraposición, si se decide crear un área metropolitana debe tener capacidad de actuación conforme a los intereses que deba servir, gozará de unas competencias propias y otras delegadas procedentes de cualquiera de las Administraciones Públicas de base territorial, debiendo figurar como cometidos irrenunciables, la gestión supramunicipal y la coordinación. Se nos presenta en la monografía una serie de materias en las que se analiza exhaustivamente el alcance que pueden llegar a tener en el orden urbanístico, materia hidráulica, recogida y tratamiento de residuos, transportes públicos, ordenación del tráfico, prevención y extinción de incendios, abastos y mataderos y otros servicios. Pero sin perder de vista la posibilidad de utilizar otros medios de gestión menos comprometidos, como son las mancomunidades o los consorcios.

En cuanto al diseño organizativo, se compondrá por un Consejo metropolitano, que deberá asumir las funciones básicas del área, un Presidente del Consejo con funciones de dirección y gobierno que puede estar asistido por un Vicepresidente y un Consejo de Gobierno, sin perjuicio de la creación de otras figuras como pueden ser la Gerencia o Comisiones especiales de cuentas, como así ocurre en los casos actuales. Se intenta resaltar el deber de res-

petar tanto la representatividad que cada partido haya alcanzado en cada Municipio y el número de habitantes con los que cada uno cuente, como factores correctores de posibles decisiones precipitadas que impidan el correcto desenvolvimiento de la entidad.

En lo que hay absoluta certeza es en que tiene que ser una norma con rango de Ley de la Comunidad Autónoma (43,1 LBRL) la que crea, suprime o modifica áreas metropolitanas y dota de estructura organizativa, régimen económico y de funcionamiento y diseño de competencias. A nadie se le oculta la enorme importancia que puede tener la decisión comunitaria de establecer una nueva instancia cuando el poder municipal de una metrópoli está en manos de partidos políticos de signo contrario, o la consolidación de dicha estructura cuando hay homogeneidad para amortiguar posibles cambios de decisión de los electores.

Por último, se estudian los casos de Barcelona y Valencia. La primera de ellas tiene su regulación en la Ley 7/1987, 4 de abril, de la que nacieron curiosamente dos Entidades distintas; La Entidad Metropolitana de Transporte y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Residuos Sólidos. Valencia crea el Consell Metropolità de L'Hortá por Ley de 31 de diciembre de 1986. Para ambos supuestos se ofrece una detallada crítica; la fragmentación de órdenes territoriales presentes (gran significación de la comarca) y la fortaleza de la Comunidad Autónoma Catalana para uno y la falta de detalle a la hora de delimitación de competencias del área para otra hace presagiar un incierto futuro en cuanto a eficacia se refiere.

Nos resta otra cosa que poner de relieve, el acierto y valentía en la elección del tema que como se puede deducir de estas líneas sufre una gran indefinición y que C. BARRERO intenta suplir con un escrupuloso estudio y su impecable línea argumental, que proporciona una inusual claridad al texto, dejando para las notas a pie de página todas aquellas cuestiones de indudable interés, pero que perjudicarían la exposición y la perspectiva integral de la obra.

MAGDALENA SUÁREZ OJEDA

MERCEDES FUERTES LÓPEZ: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, 380 páginas

I

Muchas han sido las reformas que ha experimentado el ordenamiento jurídico español en los últimos años. Pues bien, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en ningún ámbito legislativo esos cambios han llegado a ser tan intensos e innovadores como los introducidos por la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, que ha derogado, entre otras disposiciones, el régimen contenido en el Código de comercio de las Bolsas de comercio, de las operaciones de Bolsa y de los Agentes colegiados de Cambio y Bolsa.

La nueva ordenación de los mercados de valores vino impuesta por los extraordinarios cambios que conoció nuestro mundo bursátil: un incremento extraordinario del volumen de contratación, la aparición de la informática y la telemática que permiten conocer el precio de oferta y de demanda de los valores y contratar sobre ellos a distancia, la desmaterialización de los valores y su representación por medio de anotaciones en cuenta, la sustitución del inversor individual por el institucional, la internacionalización del mercado de valores, etc.

A la vista de estos hechos resulta fácilmente apreciable la necesidad de acomodar a la realidad una legislación que se había quedado obsoleta. La reforma operada por la Ley ha sido profunda y ha estado impulsada por dos propósitos fundamentales: a) ofrecer, como dice la Exposición de Motivos de la Ley «una visión global de la ordenación de los mercados de valores» ajustándose a las necesidades actuales y dotando de coherencia sistemática a una normativa profusa y diversa; b) dotar al mercado de valores de una estructura jurídica que le otorgue una mayor eficiencia en la progresiva internacionalización de la negociación de los valores mobiliarios, y en especial ante la necesidad de armonizar la estructura de nuestro mercado con las de los restantes Estados miembros de la CEE.

Para el mejor cumplimiento de estos fines se crea la Comisión Nacional del Mer-

cado de Valores (en adelante CNMV) «pieza central de la reforma» —en términos de la propia Ley— y cuyo examen se aborda en la monografía que ahora reseñamos.

La profesora FUERTES LÓPEZ se ha sentido con fuerzas para afrontar la fatigosa tarea de exponer las funciones y régimen jurídico de esta pieza clave del sistema financiero español. La aparición de esta obra debe ser especialmente bien recibida —y nos consta que ya lo está siendo— no sólo por su importancia «intrínseca», esto es, por su calculable utilidad para todos aquéllos que deseen aproximarse a la CNMV desde el desconocimiento o desde un conocimiento superficial, sino también por su importancia «extrínseca», quiero decir porque viene a paliar la carencia de obras dedicadas al Derecho administrativo económico. Esta rama especial del Derecho administrativo se halla necesitada de estudios que contribuyan a esclarecer la estructura y mecanismos de este Derecho, colmando sus lagunas y solventando sus deficiencias, y en este sentido *La Comisión Nacional del Mercado de Valores* constituye una valiosísima aportación a este Derecho especial y lo hace en un campo tan importante como es el sistema financiero.

El libro se aborda desde una clara concepción iuspublicista al estudiar la naturaleza y funcionamiento de la CNMV, pero esta orientación viene a enriquecerse —y ello constituye uno de los grandes aciertos y causa del éxito de la obra— con ciertos saberes de tinte mercantil sutilmente añadidos a aquélla.

La CNMV en cuanto Administración Pública debe someterse a las reglas propias del Derecho administrativo, pero estas reglas ceden en supuestos especiales dada la especial naturaleza de este órgano. Estos puntos de colisión o conflicto son examinados con minuciosidad por FUERTES LÓPEZ que propone soluciones caracterizadas todas ellas por la ponderación y el pragmatismo. La preocupación constante de la autora por ofrecer valoraciones prudentes y propuestas sensatas hace que sus soluciones sean un ejemplo de perfecta consonancia con nuestro tiempo.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores constituye una verdadera «disecación» de la institución. Pero no se queda

aquí la autora sino que formula propuestas de mejora y perfeccionamiento de la misma. La información que proporciona la obra nos permite valorar con mayores elementos de juicio la realidad administrativa de que se trata al mismo tiempo que posibilita un mejor control de las actividades financieras y bursátiles, control que conduce por las sanciones que lleva aparejadas a una competencia más honrada y leal. Todo ello hace que el libro sea útil no solamente para los juristas sino también para los operadores del mercado de valores.

Debemos destacar ahora el carácter eminentemente didáctico de la obra. Este resultado se ha conseguido por la utilización de dos elementos que si bien *prima facie* pudieran considerarse excluyentes no lo son por la combinación magistral que logra la autora. Nos estamos refiriendo a la exhaustividad de contenidos y a la claridad expositiva de los mismos. En cuanto a la primera basta constatar las abundantísimas notas a pie de página en las que FUERTES LÓPEZ apoya sus declaraciones, consiguiendo de este modo un depurado resultado de investigación científica. En cuanto a la segunda nada tenemos que decir, salvo recomendar la lectura del libro.

II

El libro se estructura en dos partes: la primera se refiere a las funciones de la CNMV; la segunda centra su atención en la configuración legal de la misma. Esta estructura no es fortuita, sino que responde a los objetivos a que la autora quiere llegar: desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de la Comisión.

La profesora FUERTES LÓPEZ entiende muy atinadamente que las funciones y potestades de la CNMV son elementos más importantes para descubrir su naturaleza jurídica que la imprecisa definición que contiene la LMV y por ello aborda en primer lugar el estudio de aquellas atribuciones

La primera parte está compuesta por ocho capítulos cada uno de los cuales se dedica a una función de la Comisión. A continuación haremos un breve resumen,

advirtiendo al lector que será forzosamente incompleto y que para obtener un conocimiento serio será necesaria la lectura completa de los capítulos.

Capítulo I. Sorprende que la Comisión goce de facultades normativas que se traducen en la posibilidad de emanar circulares. Antes de entrar en el análisis jurídico de esta potestad resulta por tanto ineludible cuestionarse aquella legitimidad. Para ello se tienen en consideración los antecedentes en el Derecho español, en concreto las circulares del Banco de España que guardan cierta semejanza con las de la CNMV, y las de las Juntas Sindicales. Ahora bien, éstas últimas no pueden considerarse precedente de las actuales pues su eficacia se encontraba sometida a una doble limitación: subjetiva, porque sólo vinculaban a la Junta Sindical y a los Agentes de la respectiva Bolsa; y objetiva pues sólo podían regular cuestiones de organización, procedimiento o elementos internos de contratación. En cambio, las circulares de la CNMV afectan a toda persona que se relacione con el ámbito bursátil y ordenan no sólo el mercado sino que imponen nuevas obligaciones.

El Derecho comparado ha influido de forma notable en la reforma española. Los organismos de supervisión de los mercados de valores en los países occidentales son: en EEUU el Securities Exchange Act (SEC) que cuenta con potestad normativa que difiere no obstante de las que tienen sus análogos en los sistemas administrativos continentales. Toma decisiones para casos concretos que están transidas de pragmatismo y que tienen carácter de recomendaciones. El SIB inglés no pretende regular los mercados. Éstos son regulados por sociedades a las que necesariamente deben estar adscritos sus miembros. Las disposiciones del COB francés deben ser homologadas por el ministro para ser eficaces. En Alemania cada Bolsa cuenta con su Consejo (Börsenvorstand).

En lo tocante al Derecho comunitario es de señalar que las directivas bursátiles y societarias no presentan un matiz institucional sino normativo. No existe la idea de crear un ente comunitario con competencias relativas al mercado de valores.

Quid de la potestad normativa. ¿Cómo puede contar con potestad reglamentaria

la CNMV? El art. 97 CE atribuye esta potestad al Gobierno, que puede ser igualmente ejercida por los Ministros en su ámbito doméstico. Pues bien, de la habilitación para órganos superiores de cada Departamento se ha pasado a admitir la habilitación normativa a entes especializados en un sector concreto. La autora defiende esta titularidad basándose en razones prácticas, exigiendo en todo caso habilitación legal expresa. La exigencia de habilitación legal es inexcusable en tanto en cuanto la relación que media entre la CNMV y las personas y entidades sometidas a sus circulares no puede considerarse de sujeción especial. Sin embargo, bastará con que sea genérica pues la LMV no agota la regulación del Mercado de Valores; es una ley marco, realiza múltiples remisiones a futuros reglamentos para no congelar aspectos mudables y garantizar la flexibilidad del sistema. Es el Gobierno y no las Cortes quien especifica las opciones normativas en el Mercado de Valores. No puede exigirse habilitación expresa del legislador previa a cada circular. Esta habilitación previa sólo podría exigirse cuando afectara a materias reservadas a la Ley o se prescindiera de la potestad del Gobierno. Esta remisión que realiza ora el Gobierno, ora el Ministro de Economía a favor de la Comisión está restringida a la gestión del Mercado de Valores y debe contener las normas esenciales de modo que aquélla se limite a completar los aspectos remitidos. Ni que decir tiene que la remisión debe respetar en todo caso el principio de reserva de ley: las circulares no pueden establecer obligaciones no descritas previamente en una ley, ni afectar a los derechos preexistentes.

Atendiendo a la remisión podemos distinguir los siguientes tipos de circulares: derivadas de la ley, de autoorganización, circulares que afectan de modo especial a determinadas entidades bursátiles (sociedades rectoras del mercado, sociedades y agencias de valores, instituciones de inversión colectiva), aquéllas que afectan a personas y entidades que operan en el mundo bursátil y la circular 3/1991 sobre operaciones bursátiles especiales. De todas ellas sólo las circulares contables y de información estadística traen causa de la Ley, las demás se fundamentan en las Disposicio-

nes Adicionales de las OO.MM.: y en los Decretos del Gobierno.

Concluye el capítulo con el análisis del procedimiento de elaboración de las circulares. Su elaboración se rige por la LMV cuyas lagunas serán completadas con la LRJyPAC que juega supletoriamente. El proceso comienza con la elaboración de unos informes técnicos sobre la legalidad de la norma. Estos informes son realizados por la propia CNMV excepto aquellas normas reguladoras de la organización y funcionamiento del mercado de Deuda Pública en anotaciones, las cuales requieren el informe previo y preceptivo del Comité consultivo. La circular definitiva es aprobada por el Consejo de la Comisión que es libre, pues los informes no son vinculantes. Una vez aprobada, la circular debe ser publicada en el B.O.E. La impugnación de las circulares se rige por las normas comunes de la Jurisdicción contencioso-administrativa no siendo necesario interponer el recurso ahora llamado ordinario.

En el Capítulo II se analizan las facultades de dirección que se atribuyen a la Comisión. La libertad en la emisión de títulos-valores hace que la CNMV no tenga especiales facultades directoras en el mercado primario. Es en el mercado secundario, tanto en las Bolsas como en el mercado de futuros y opciones donde sus poderes de dirección cobran mayor virtualidad. En efecto, la Comisión está facultada para determinar los valores que pueden ser negociables en las Bolsas. (art. 46 LMV) pero estas facultades no son ilimitadas a pesar de lo que pueda desprenderse de la lectura del precepto. Puede asimismo determinar los valores que pueden negociarse mediante el sistema de interconexión bursátil, aunque en este caso su discrecionalidad es mucho menor.

El Decreto que regula los mercados de futuros y opciones (DFO) delega en la CNMV la aprobación de las condiciones generales de contratación en esos mercados. La profesora FUERTES LÓPEZ juzga que pese a la dicción literal de la norma (art. 5) debe entenderse que la facultad que se delega es la de autorizar dado que las facultades de dirección están regladas.

En este capítulo son objeto de especial consideración los poderes de dirección que ostenta la CNMV respecto de la oferta

pública de adquisición de valores o de contratos de futuros y opciones.

Tras poner de manifiesto la necesidad de control en las OPA se aborda el procedimiento que sigue la Comisión en este control que por lo prolijo y dilatado no procede exponer aquí. Sí debemos detenernos, por su relevancia, en la naturaleza jurídica del acto de la Comisión autorizando la oferta pública de adquisición. Se trata de un «acto autorizatorio de carácter operativo» de modo que no sólo controla la actividad objeto de autorización sino que encauza también su desarrollo: exigir ampliaciones o reiteración de los anuncios que han difundido las condiciones de la oferta, revisión automática del precio, admitir o no el desistimiento de la entidad oferente, autorizar o denegar nuevas ofertas etc.

Tanto el derecho comunitario en la Directiva 79/279 como nuestro derecho nacional en el art. 33 LMV reconocen a la Comisión la potestad de suspender la negociación de los valores. Cualquier persona que acredite interés legítimo puede presentar la solicitud de suspensión. La Comisión no es libre para acordarla; sólo podrá hacerlo cuando concurren «circunstancias específicas que puedan perturbar el normal desarrollo de las operaciones» o cuando lo estime necesario para proteger a los inversores. Como se ve, nos encontramos ante dos conceptos jurídicos indeterminados que deben ser objeto de interpretación estricta por lo extraordinario de esta facultad. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que a pesar de la conjunción disyuntiva «o», en la práctica ambas circunstancias están unidas. Será difícil la aparición de situaciones de suspensión de negociaciones que se puedan calificar sólo como protectoras de los inversores y no coadyuven al desarrollo regular del mercado. El procedimiento de suspensión se caracteriza por su flexibilidad y celeridad hasta el punto de hacer innecesaria la audiencia de los interesados. El acuerdo de suspensión debe ser motivado de modo tal que las causas que se aleguen no pueden coincidir con la redacción de los presupuestos establecidos por el legislador para suspender la negociación de los valores. Así lo han dicho la Jurisprudencia y la doctrina.

La CMNV puede excluir, si lo estima conveniente, la negociación de los valores o contratos (art. 34 LMW). Ahora bien, sus facultades difieren según que la exclusión sea por incumplimiento o voluntaria. En el primer caso, la exclusión —cuyo proceso puede iniciarse a instancias de la Comisión o de las sociedades rectoras— sólo se permite cuando no se alcancen los umbrales de difusión o de frecuencia y volumen de contratación establecidos reglamentariamente. Se han reducido los supuestos que recogía la legislación anterior con la finalidad de potenciar la negociación de los valores en los mercados. En el segundo caso, el proceso se inicia a solicitud de la propia entidad emisora. Este derecho que tienen las sociedades no es absoluto. La CNMV puede denegar la exclusión o condicionarla con el objeto de proteger los intereses de los titulares de los valores. Si éstos manifiestan su conformidad la actuación cautelar de la Comisión decae; sin embargo, esto raramente ocurre por lo que aquélla tendrá que valorar, por una parte, el número de accionistas disidentes, indiferentes y, por otra, la magnitud de la lesión.

Las páginas que siguen versan sobre las funciones directoras que afectan a las entidades que intervienen en el Mercado de Valores. Con gran detalle y metódicamente se examinan el régimen jurídico, procedimiento y tipología de las potestades que la CNMV puede ejercer sobre los organismos rectores de los mercados, el Servicio de compensación y liquidación de valores, las sociedades y agencias de valores, y las instituciones de inversión colectiva.

El Capítulo III está dedicado a la difusión de la información. La transparencia del mercado sólo puede conseguirse con una información veraz. La reforma del Mercado de Valores pretende otorgar a los inversores mayor información. Antes de la LMV la difusión correspondía a las Juntas Sindicales, tras la ley ese cometido lo desempeña la CNMV: Para conseguir la publicidad se crean Registros Oficiales a los que pueden acceder libremente los particulares. No se trata de un elenco cerrado; las CCAA con competencia en esta materia pueden organizar otros registros. En relación con el mercado primario exis-

ten en la CNMV los siguientes datos: Registro de comunicación de emisiones, de emisiones y de escrituras de emisiones de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, de sociedades anónimas en proceso de constitución sucesiva. Y en relación con el mercado secundario: registros relativos a datos de sociedades cotizadas, relativos a las instituciones de inversión colectiva, a las sociedades y agencias de valores y a los órganos rectores del mercado.

¿En qué lengua deben presentarse los documentos? El modelo que implanta la CE se basa en el principio de territorialidad. No puede exigirse el conocimiento de la lengua de las CCAA fuera de ellas. Los documentos deberán presentarse en castellano.

Un dato a destacar: los datos registrados no gozan de presunción de veracidad (inexistencia de fe pública registral), pero al proceder muchos de ellos de otros registros o de constituir condiciones de validez de los actos suponen relativa verdad (principio de integridad). Las inscripciones tienen una finalidad exclusivamente informativa (principio de neutralidad) y su inexactitud no genera la responsabilidad de la CNMV sino de la entidad que ha elaborado el folleto.

No podía faltar un análisis de la función supervisora de la CNMV cuyo estudio constituye el objeto del Capítulo IV. Se empieza por la distribución entre el Estado y las CCAA y las relaciones entre la Comisión y el Banco de España. Se trata en segundo lugar el ámbito subjetivo sobre el que se extiende la supervisión, estudiando por separado todas y cada una de las entidades sujetas a esta potestad. Estas entidades no se encuentran en una relación de sujeción especial: el principio de reserva de ley queda intacto, la CNMV no puede limitar los derechos de las entidades que supervisa. Sus actos y normas derivan de la Ley, además las garantías jurisdiccionales son plenas. La posible concurrencia de dos sanciones —penal y administrativa— no deriva de una relación de supremacía especial sino de la existencia de dos bienes jurídicos quebrantados.

El Capítulo V nos presenta la función inspectora. Es un complemento de las fun-

ciones revisoras. Aquí la Comisión adopta una posición más dinámica realizando las actuaciones necesarias para el descubrimiento o la comprobación de unos hechos. Esta función se extiende a los mismos sujetos sometidos a supervisión y a los entes que ejerzan control sobre una sociedad o agencia de valores. El modo normal de ejercer esta función es a través de los requerimientos de información que se dirigirán al órgano rector de la persona jurídica de que se trate. Ello no debe hacernos pensar que estén excluidos los requerimientos a las personas físicas, que también son posibles en el ámbito del mercado de valores. La información que se recaba debe ser necesaria y guardar relación con el mercado de valores. El procedimiento se regula en la LMV y en la LRJyPAC con carácter subsidiario. Pero la CNMV puede realizar otro tipo de actuaciones inspeccionales como personarse en las sucursales o domicilio de las personas para comprobar datos y documentos, o solicitar libros contables y registros obligatorios.

El Capítulo VI se consagra a la potestad disciplinaria. Ésta tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa bursátil para lo cual se extiende a todas las personas que intervienen en el mercado de valores. Atendiendo a su finalidad, la profesora FUERTES LÓPEZ distingue dentro de las infracciones entre aquéllas que tienen a garantizar la aplicación del ordenamiento bursátil desde un punto de vista formal; aquéllas que garantizan los pilares sustantivos de dicho mercado; y aquéllas que tienen por objeto la defensa de las facultades de la Comisión. Al hilo de las infracciones se estudian los principios de legalidad y tipicidad referidos al sistema financiero, el principio de «non bis in idem», y la prescripción. Las sanciones que pueden llevar aparejadas estas infracciones son de naturaleza variopinta: admonitivas, pecuniarias, suspensiones, limitaciones de actividad, revocación de autorizaciones. La CNMV dispone de importantes facultades de apreciación que no implican discrecionalidad por el carácter reglado de sus actuaciones. Al final del capítulo se pasa revista al procedimiento sancionador, donde la autora vierte interesantes reflexiones acerca de los efectos de la resolución sancionadora, en concreto,

sobre su ejecutividad inmediata y el privilegio de ejecutoriedad.

Los Capítulos VII y VIII son muy escuetos y se refieren respectivamente a las funciones de asesoramiento y apoyo y a la potestad recaudatoria.

La Segunda Parte de la obra centra su atención en la configuración legal de la CNMV. Se compone de tres capítulos. En el primero se estudia el régimen jurídico. Este régimen es distinto según que la Comisión actúe o no en ejercicio de sus funciones públicas. En el primer supuesto se somete íntegramente al derecho administrativo; en el segundo al derecho privado. Los requisitos de los actos de la CNMV son los establecidos con carácter general por la LRJyPAC. Del mismo modo, la ineficacia de estos actos derivará por las mismas causas allí previstas. Sin embargo, la ineficacia presenta algunas especialidades. Así, la impugnación de los actos de la Comisión no discurrirá tanto por el cauce de los recursos administrativos —lentos y fatigosos— cuando por estrategias financieras. Los actos de la CNMV ponen fin a la vía administrativa, excepto las resoluciones que imponen sanciones. Tienen que ser definitivos para que sea admitida su impugnación, la cual habrá de presentarse ante el TSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid. Por lo que se refiere a la revocación de sus actos es claro que la Comisión como órgano administrativo que es se encuentra facultada para ello. Sin embargo, ocurre que las circunstancias en que se desenvuelve el mercado de valores —rápida sucesión de decisiones, concatenación de operaciones, consumación de las mismas— harán poco probable la revocación que podría ser calificada de desproporcionada o injusta (art. 106 LRJyPAC). Con todo, se ha salvado la revocación de autorizaciones para el ejercicio de actividades en el mercado de valores y además no por el procedimiento general sino por un procedimiento interno.

La CNMV en cuanto ente administrativo se encuentra sometido al régimen común de responsabilidad directa y objetiva establecido en el ordenamiento español. Ahora bien, dada la especialidad de sus funciones, la admisión de la exigencia de responsabilidad debe de realizarse de modo atento. Así y en primer lugar, sólo será

procedente la aplicación de este régimen ante perjuicios causados como consecuencia de las funciones públicas. En segundo lugar, deben excluirse de la admisión de responsabilidad los perjuicios que surgen por el ejercicio de las facultades de dirección y organización del mercado de valores. En tercer lugar, sólo habrá lugar a la exigencia de responsabilidad cuando la lesión proceda de modo directo e inmediato de este ente.

El segundo capítulo estudia los órganos que componen la Comisión. Los órganos colegiados son el Consejo y el Comité consultivo. En el primero recaen las principales funciones directoras y supervisoras del Mercado de valores. El segundo es el órgano asesor de la CNMV pero no de carácter técnico sino participativo por integrar a los más característicos interesados en el ámbito bursátil. Los órganos individuales son el Presidente y el Vicepresidente que son nombrados por el Gobierno y pueden ejercer las facultades delegadas por el Consejo.

Tras un largo recorrido se llega finalmente al aspecto nuclear de la monografía: desenmascarar la verdadera naturaleza jurídica de la CNMV. Ciertos elementos parecen inclinar la balanza a considerarla como una Administración independiente: su configuración legal, y el *status* de sus órganos directivos, sus potestades normativas y de dirección, su independencia financiera, el dato de que sus resoluciones agotan la vía administrativa. Pero todos estos datos no son suficientes según FUERTES LÓPEZ para reconocer la independencia de la Comisión frente al Gobierno. Lo que sí son independientes son los valores en juego. Para la autora estamos ante un órgano de derecho público, gestor del mercado de valores, que se caracteriza por su *neutralidad e imparcialidad* en las decisiones y conflictos del Mercado de Valores

III

Las líneas que anteceden no son sino una pequeña muestra de los «tesoros» que encierra *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*. En la obra queda patente la enorme capacidad intelectual de su autora

BIBLIOGRAFÍA

al manejar con destreza y soltura conceptos tan técnicos y complejos como son los referidos al sistema bursátil y financiero. La exhaustividad y profundidad de contenidos, la claridad expositiva de los mismos, la ponderación de las soluciones propuestas hacen del libro de la profesora

FUERTES LÓPEZ un instrumento idóneo para aproximarse y profundizar en el estudio de la CNMV y con cuya lectura no puede obtenerse más que un enorme provecho.

GONZALO VILLARINO SAMALEA

Fe de erratas. En el n.º 259 (julio-septiembre 1993) aparece como autor de la reseña al libro de M. Severo Giannini quien es su traductor; cuando debió aparecer M. Suárez Ojeda, que fue quien confeccionó la reseña.

