

J. AGUDO GONZÁLEZ: *La función administrativa de control: una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor, Civitas, 2018, 745 págs.

El libro que presentamos en esta recensión se califica como una monografía, aunque más bien pertenece a un género mayor de la literatura científica, el Tratado. No hay un ápice de exageración en esta afirmación: a lo largo de sus 745 páginas, el profesor Jorge Agudo González escudriña la función de control (o funciones, como explica él mismo) en el derecho público y las relaciones jurídicas que esta genera, particularmente en el ámbito del derecho administrativo, aunque también en este aspecto el trabajo desborda esta disciplina y construye finalmente una teoría del control que es aplicable al derecho público en su conjunto. Para ello, el autor desciende desde una aproximación metodológica inicial, continúa a través de los fundamentos del control en la Constitución española (y también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en los Tratados de la Unión Europea y las respectivas jurisprudencias del TEDH y el TJUE) y termina por encontrar diferentes manifestaciones de la función de control en instituciones específicas del derecho administrativo, tanto de carácter general, como es el caso de los recursos administrativos, la declaración de lesividad o la revisión de oficio, como de carácter sectorial, incluyendo entre otros los múltiples recursos administrativos confiados a instituciones independientes o con un determinado grado de independencia como los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, el Tribunal Administrativo del Deporte o el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o los que se atribuyen a Agencias, como la CNMC o la AEPD, a menudo complementados por determinadas funciones arbitrales, de mediación o conciliación, que son también estudiadas en esta obra.

Se trata, en definitiva, de una obra completa y exhaustiva sobre la función de control en el derecho público, que ha acometido el esfuerzo de construir esta tanto como teoría, expuesta con una racionalidad sistemática inédita en el derecho público español, pero también como concepto, siguiendo una línea metodológica no esencialista que el autor nos explica desde las primeras páginas. Por añadidura, la obra nos plantea determinadas nociones sobre la propia naturaleza del derecho público, y en concreto del derecho administrativo, que funcionan aquí como presupuesto metodológico del estudio, pero que también revelan una aproximación novedosa en la que merecería la pena detenerse.

En conjunto, la obra se divide en tres capítulos, de muy diferente configuración y objetivos, y también por cierto de muy diversa extensión. El capítulo primero establece los presupuestos metodológicos del estudio, delimita el objeto de su análisis y estipula los objetivos de este. Es aquí donde el autor toma seguramente las decisiones más comprometidas de todo el trabajo y cuya comprensión es necesaria para, a su vez, dar sentido al resto de la obra. De entre estas, destacamos las siguientes. En primer lugar, el autor elude la construcción de un concepto dogmático cerrado y fundado en una metodología esencialista, y prefiere que el concepto de control que va a formar se enfoque en su utilidad para resolver problemas jurídicos concretos y reales sin dejar de ser útil a la ciencia jurídica por su carácter sistematizador. Para lograr esto, propone descomponer el supra-concepto constitucional de control —del que sí que podrían extraerse al menos elementos identificatorios comunes—, de manera que la polisemia innata a la palabra control se despliega en un sistema que se califica a sí mismo como de «formación de conceptos desde tipos» en lugar de la formación de tipos desde los conceptos, de manera que el concepto de función de control en sentido estricto podría ser un tipo de control, o podríamos también acabar hablando, siguiendo al autor, no de una *función* constitucional de control sino de *funciones* que implican actividades de control, que se manifestarían con diversas técnicas. Esta técnica metodológica se aleja seguramente de la que con asiduidad manejamos en la dogmática iuspublicista, más perfecta a nivel teórico, pero a la luz de las conclusiones que alcanza la obra puede decirse que sus resultados no son en absoluto desdeñables.

El segundo punto que queremos destacar de este capítulo metodológico es la asunción como presupuesto de un concepto de derecho administrativo que se aleja de las concepciones más clásicas de la doctrina jurídico-pública española, adheridas por lo general a un esencialismo de las subjetividades. Así, encontramos que el autor —no solo en esta introducción metodológica, sino a lo largo de toda la obra— concibe el derecho administrativo como un derecho fundamentalmente de las funciones y de las relaciones jurídicas que estas generan. Al concebir el derecho administrativo a través del ejercicio de funciones se superan las rigideces dogmáticas derivadas de las subjetividades: la función pública o *de relevancia jurídico-pública* puede ser ejercida por supuesto por parte de un poder público mediante la atribución legislativa de una potestad en régimen de vinculación positiva. Pero a partir de aquí se abre una amplia gama de grises en la que puede suceder que tal potestad se ejercite mediante una vinculación meramente negativa, que el poder público ejerza la función sin una atribución potestativa concreta e incluso sin someterse al derecho público, o hasta que dicha función *de relevancia jurídico-pública* sea asumida por sujetos privados. Por supuesto, las gradaciones son múltiples en este esquema, sin que las posibilidades se limiten a las que hemos mencionado

ad exemplum. Lo importante es enfatizar que el derecho administrativo no es ya solo el derecho estatutario de un sujeto jurídico-público, sino el derecho que regula un conjunto de funciones materialmente de derecho público, y que a su vez genera relaciones jurídicas dinámicas en las que ambas partes ostentan intereses, derechos y obligaciones.

El capítulo segundo se dedica a la construcción de la teoría del control propiamente dicha. Es, desde luego no por casualidad, el más extenso de los tres. En él se examinan todos los «elementos» que constituyen la función de control. El primero de estos elementos sería el complejo elemento subjetivo, donde distinguirá tres tipos de sujetos: los dos primeros son, naturalmente, el activo o sujeto de control y el sujeto controlado. Aquí no caben reduccionismos: tanto los poderes públicos como los sujetos privados pueden ocupar ambas posiciones, en virtud del procedimiento de control ante el que nos encontremos en cada caso, y a su vez pueden ambos ser autores de la actuación previa controlada, que constituirá el objeto de control. Cabe decir que el caso seguramente más llamativo de ejercicio de control de los poderes públicos en su máxima expresión (es decir, del Estado) por parte de sujetos privados lo encontramos en el ámbito del arbitraje internacional, particularmente en materia de inversiones, de cuya actualidad no puede dudarse a la luz de la polémica reciente y aún viva en la jurisprudencia europea, especialmente en la ya famosa sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*, C-284/16. En tercer lugar, encontramos el sujeto afectado, que se definiría como aquel que guarda determinados derechos e intereses que se ven afectados por el control, o que le dotan de determinada legitimación para instarlo.

El segundo de estos elementos es el objeto de la función (improrrogable) de control como determinante de la atribución de esta. El objeto es la actividad previa, bien proveniente de los poderes públicos o de los particulares, que es sometida a control, de manera que no se limita a ocupar el lugar de un objeto pasivo controlado, sino que delimita el ejercicio del propio control. De ahí que el autor incida en el carácter improrrogable de dicho control, de tal manera que la atribución al sujeto de control de la función de controlar a tal sujeto controlado no solo es que esté limitada por el objeto del control, sino que requerirá siempre de un examen previo a las demás cuestiones de forma y fondo, pues dicho ámbito de atribución delimitado por el objeto de control constituye un presupuesto de orden público que ha de ser examinado de oficio.

El tercero será el elemento procesal, el procedimiento mediante el cual se articula la función de control propiamente dicha, donde se examinan conjuntamente dos procedimientos que históricamente han aparecido en el derecho administrativo como mundos diferentes: el control en vía administrativa y el control en vía contenciosa. Aquí quedará demostrada una hipótesis que es axial en el trabajo: que el control debe recibir una aproximación unitaria, y no

dividida en dos *itineras* procesales diferentes. Esta conclusión es válida desde luego en el terreno dogmático, y así ha desarrollado la cuestión el autor, pero también lo es en el terreno legislativo, de ahí la propuesta *de lege ferenda* que veremos al final. Por otra parte, la otra gran clave del elemento procesal será naturalmente el sistema de garantías.

En cuarto lugar examina el autor el elemento operativo del control: este sería, en definitiva, el juicio de contraste en el que ha de consistir el propio control como actividad. Su importancia es tal que el autor llega a afirmar que es el único elemento que puede considerarse auténticamente esencial en el control como función: se trataría de emitir un juicio de contraste sobre la actuación que constituye el objeto de control. Aquí es donde se introduce el concepto metodológico de *norma de control*, ya conocido en nuestro derecho administrativo especialmente en lo que respecta al control de la discrecionalidad de la actividad administrativa. De esta forma, el juicio de contraste consistiría en el examen de la regularidad jurídica de la actividad controlada, que como hemos reiterado ya constituye el objeto del control.

En quinto lugar, el autor identifica un elemento finalista del control. Dicha finalidad no sería otra que la tutela de derechos e intereses. Aquí el autor ha manejado una distinción entre un control con una orientación teleológica hacia la provisión de justicia y un control orientado a la procura de la buena gobernación. El primero sería un control caracterizado por ser instrumental a la defensa de los derechos subjetivos e intereses, de manera que consistiría fundamentalmente en un control objetivo de legalidad (o de adecuación al derecho vigente), pero en el que el objetivo final y centro de la actividad de control debe ser la tutela de las partes, lo que dotaría al control de un elemento de subjetivización. Por su parte, el segundo sería un control orientado a procurar el buen gobierno y se centraría en el control de la conformidad de la actuación de los poderes públicos con el ordenamiento jurídico, a menudo con una función de depuración de este, que consagra este tipo de tutela como un remedio eminentemente técnico (y así lo expresa el autor en ejemplos como la cuestión de inconstitucionalidad o la revisión de oficio).

Por último, el autor examina la eficacia y la estabilidad jurídica de la decisión de control. Esta problemática es de especial interés en los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos, singularmente el arbitraje y la mediación, que se presentan en muy diferentes formas a lo largo de la obra. Por otro lado, es aquí donde entran los problemas típicamente procesales de las decisiones judiciales, cuya dogmática es en gran medida extrapolable al ámbito administrativo primero, y a una teoría general del control después, como sucede en esta obra. Así, el autor examina problemáticas tales como los efectos temporales de la decisión de control (*ex tunc*, *ex nunc* y sus gradaciones), los efectos espaciales, los subjetivos, la extensión de efectos de las

decisiones de control o la inatacabilidad de estas cuando son firmes (lo que podríamos llamar el control sobre el control).

Finaliza la obra con un capítulo tercero que sirve de gran colofón. En este caso el autor se propone configurar un sistema de justicia administrativa. Para ello, se pregunta el autor primeramente cuáles son los límites constitucionales del legislador para construir dicho sistema, y concluye que la referencia en dicha construcción debemos tomarla (refiriéndonos al menos al sistema jurídico español) del constitucionalismo multinivel. Naturalmente, esto implica hablar fundamentalmente de los arts. 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en materia de los Tratados y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 47 de dicha Carta y sobre todo el gran configurador del sistema de Justicia de la Unión, el art. 267 TFUE y la construcción jurisprudencial de la cuestión prejudicial. A estas normas jurídicas y sus respectivas jurisprudencias dedica el autor el capítulo, examinando punto por punto cuáles serían los requisitos ineludibles de un sistema de justicia administrativa, pero también cuáles de esos requisitos no son indispensables o su cumplimiento no requiere necesariamente el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que sería satisfecho por un sistema de tribunales administrativos al estilo adoptado en el Reino Unido por el *Tribunals, Courts and Enforcement Act* de 2007.

En este sentido, el autor concluye con una propuesta doble, o mejor dicho, cree ver dos modelos en la evolución de la justicia administrativa en España, ambos *de lege ferenda*. Según el primero de ellos, el modelo a implantar sería el ya existente, si bien tomando conciencia de sus excesivas incoherencias. De esta forma, serían necesarias correcciones que permitieran la evolución legislativa del sistema hacia su sistematización. Este proceso podría articularse mediante una legislación básica, que permitiría un margen de actuación amplio del legislador sectorial, a la par que sería fácilmente compatible con el sistema territorial de distribución de competencias vigente en España. Un segundo modelo optaría por una vía más sólida: una Ley de Justicia Administrativa estatal, en parte según el estilo de la norma británica antes citada, pero más ambiciosa aún, de forma tal que los diferentes recursos administrativos y otros mecanismos de control en vía administrativa serían regulados conjuntamente con la jurisdicción contencioso-administrativa, plasmando así en una norma jurídica la concepción holística de la función de control que el trabajo defiende y que garantice la coherencia completa del sistema de justicia administrativa. Sería valioso, por lo tanto, que el autor continuara su trabajo por estas vías que él mismo vislumbra.

Héctor Iglesias Sevillano
Universidad Autónoma de Madrid