

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**RÉGIMEN JURÍDICO Y CONTROL JURISDICCIONAL DE
LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Manuel Estepa Montero

Bajo la dirección del doctor

Mariano Baena del Alcázar

Madrid, 2004

ISBN: 84-669-2485-X

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

**RÉGIMEN JURÍDICO Y CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES
DECRETOS REGLAMENTARIOS.**

**Tesis doctoral que para la obtención del grado de Doctor presenta el
LICENCIADO D. MANUEL ESTEPA MONTERO**

bajo la dirección del Doctor

D. MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR.

**FACULTAD DE DERECHO,
Curso académico 2.003-2.004.**

POR MANUEL ESTEPA MONTERO.

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE.

FACULTAD DE DERECHO.

[ESCUDO COMPLUTENSE]

**RÉGIMEN JURÍDICO Y CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES
DECRETOS REGLAMENTARIOS.**

TESIS DOCTORAL

POR MANUEL ESTEPA MONTERO.

2003

REFLEXIONES PERSONALES.

La presente obra ha sido el fruto de una labor personal desarrollada durante años. Los resultados obtenidos han sido posibles debido, por un lado, a la constante vocación sentida por el tema objeto de la tesis, y por otro, al apoyo permanente de las personas que componen mi familia más directa, mi hermana, Pilar, y mi madre, María del Carmen. Asimismo, he de destacar la orientación ofrecida por mi director de tesis D. Mariano Baena del Alcázar. A tan destacado conocedor del Derecho Administrativo y de la Administración Pública española debo ciertamente la elección de un tema de enorme riqueza jurídica (que posteriormente intentaría hacer propio a través del estudio diario), así como de la metodología seguida con especial referencia al examen de la jurisprudencia examinada. Finalmente, al mencionado administrativista agradezco también su constante guía en la mejora de la redacción de los Capítulos elaborados en esta tesis, en la que indudablemente he percibido su notable experiencia en las tareas investigadoras.

SUMARIO DE LA TESIS DOCTORAL.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.

1.- OBJETO DE LA TESIS DOCTORAL.

A.- Objeto de la tesis doctoral.

B.- Delimitación del Objeto.

a.- Cronológica.

b.- Relativa al tema mismo.

c.- Ámbito geográfico.

2.- EL ENCUADRAMIENTO CIENTÍFICO.

3.- METODOLOGÍA.

4.- FUENTES UTILIZADAS.

5.- EL PLAN DE LA EXPOSICIÓN.

CAPÍTULO II

EL REAL DECRETO REGLAMENTARIO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

1.- EL CONCEPTO DE REGLAMENTO.

A.- El reglamento en el sistema de fuentes del Derecho.

B.-Aproximación etimológica al término <<Reglamento>>.

C.-Origen histórico del reglamento.

D.- Breve referencia a la evolución histórica de los reglamentos del Gobierno en España.

E.-Distintas acepciones del término Reglamento.

F.-Examen del concepto de Reglamento.

G.- Definición legal de Reglamento.

H.- El concepto de Real Decreto reglamentario.

I.- El concepto de Reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Reales Decretos reglamentarios.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO.

A.- Posiciones más destacadas de la doctrina científica.

B.- Doctrina jurisprudencial expresada a propósito del control de los Reales Decretos.

3.- DISTINCIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LOS ACTOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- La naturaleza jurídica del reglamento y del acto administrativo.

B.- Los caracteres de la distinción entre norma reglamentaria y el acto administrativo plúrimo aprobado mediante Real Decreto.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN LA TRADICIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO Y NORTEAMERICANO.

ESTUDIO DE DOS TRADICIONES JURÍDICAS ENCONTRADAS: EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

1.- LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO.

A.- Del concepto formal de reglamento al sistema de reserva reglamentaria en Francia.

B.- El principio monárquico como germen de la potestad reglamentaria en Alemania.

C.- La diversidad de categorías de reglamento en el Derecho italiano.

2.- EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

A.- La evolución de la legislación delegada en el Reino Unido.

B.- La legislación delegada en los Estados Unidos de América.

3.- CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CARÁCTER DE LOS REGÍMENES CONTINENTAL Y ANGLOSAJÓN RELATIVOS A LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN ESPAÑA TRAS LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

1.- DOCTRINA GENERAL SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: SU APLICACIÓN A LA PROPIA DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN.

A.- Origen y Concepto de la Potestad Reglamentaria.

B.- La justificación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

C.- Fundamento Jurídico de la potestad reglamentaria del Gobierno.

D.- Extensión de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

2.- LA COMPETENCIA ORIGINARIA DEL GOBIERNO PARA DICTAR REGLAMENTOS POR ATRIBUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

3.- EL ÓRGANO COMPETENTE PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DENTRO DEL PODER EJECUTIVO DEL ESTADO.

4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

5.- EL SOMETIMIENTO AL BLOQUE DE LEGALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.

Principales teorías sobre el alcance del principio de legalidad en relación con la posibilidad de ejercitar la potestad reglamentaria del Gobierno.

A.- Tesis de la necesidad general de una habilitación legal para todo ejercicio de la potestad reglamentaria.

B.- Tesis de la innecesiedad de habilitación legal salvo en los supuestos de reserva de ley.

C.- Tesis de la innecesiedad de habilitación exclusivamente para los reglamentos de organización.

a.- Doctrina de la ajuridicidad de los Reglamentos administrativos pues la creación de normas jurídicas exige la intervención de las Asambleas legislativas.

b.- Doctrinas que señalaron el ámbito de la reserva legal de intervención de acuerdo con el concepto de ley material.

c.- Doctrina de la materia reglamentaria por naturaleza.

d.- La innecesariedad de la habilitación legal para los Reglamentos de organización de conformidad con el artículo 97 CE.

D.- Tesis de la innecesariedad de habilitación legal para los reglamentos de ejecución de las Leyes.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NORMA REGLAMENTARIA APROBADA EN CONSEJO DE MINISTROS.

1.- LA REGULACIÓN NORMATIVA Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

2.- CARÁCTER DE LA MEMORIA Y DOCUMENTOS ANEXOS DE LA NORMA REGLAMENTARIA.

3.- EL CARÁCTER DEL INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA.

4.- CARÁCTER DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO.

- A.- La naturaleza jurídica y funciones del Consejo de Estado.
- B.- Alcance del dictamen del Consejo de Estado.
- C.- Requisitos de procedibilidad del dictamen.
- D.- Consecuencias de la omisión del dictamen del Consejo de Estado.

5.- EL TRÁMITE DE AUDIENCIA.

- A.- Carácter del trámite de audiencia.
 - a.- Requisitos generales del trámite de audiencia.
 - b.- Naturaleza jurídica del trámite de audiencia.
- B.- Naturaleza de las entidades llamadas al trámite de audiencia.
- C.- Examen especial sobre el carácter facultativo o preceptivo del trámite de audiencia.
 - a.- Tesis restrictivas de la obligatoriedad del trámite de audiencia.
 - b.- Tesis actualmente vigente: el carácter preceptivo del trámite de audiencia está en función del origen legal o no de la entidad interesada.

D.- Supuestos de aplicación concreta de la tesis actualmente vigente de la necesidad de informes de las Asociaciones de carácter obligatorio (o que tienen su origen en una ley sectorial).

a.- Informes de los Colegios Profesionales.

b.- Informes de los Sindicatos y las Organizaciones Empresariales.

c.- Informes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

E.- El trámite de audiencia de las entidades de carácter voluntario.

a.- Tesis precedente y minoritaria.

b.- Doctrina actual del Tribunal Supremo que mantiene la tesis de la no preceptividad del trámite de audiencia respecto de Asociaciones que no sean de carácter voluntario.

6.- EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA.

7.- OTROS INFORMES EXIGIDOS POR NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS DE PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS.

8.- LA TABLA DE VIGENCIAS DE LAS DISPOSICIONES ANTERIORES SOBRE LA MISMA MATERIA.

9.- LA NATURALEZA DEL PLAZO LEGALMENTE PREVISTO PARA DICTAR LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

10.- LA MOTIVACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El fundamento jurídico de la exigencia de motivación de los reglamentos del Gobierno.

B.- De la innecesiedad a la exigencia de motivación de los Reales Decretos reglamentarios por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

11.- **CONSIDERACIÓN FINAL DEL EXÁMEN REALIZADO.**

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA Y VIGENCIA EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

1.- **LA PUBLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS EN CONSEJO DE MINISTROS.**

A.- La publicidad de los Reales Decretos reglamentarios comporta la posibilidad de su conocimiento auténtico por el círculo de destinatarios.

B.- Efectos de la publicación de los reglamentos del Gobierno en relación con la posibilidad de su impugnación por los destinatarios.

2.- **LA DEROGACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.**

A.- Concepto y fuerza normativa de la derogación.

B.- Los efectos de la derogación respecto de la impugnabilidad del Real Decreto derogado.

C.- El régimen jurídico de la derogación de los Reales Decretos reglamentarios.

D.- La derogación tácita.

E.- La distinción entre derogación y nulidad.

3.- LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

A.- El significado del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y su regulación legal.

B.- Alcance del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

4.- LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- Significado y fundamento jurídico.

B.- Alcance del principio de irretroactividad de las normas reglamentarias respecto de los Reales Decretos reglamentarios.

a.- Supuestos en los que la resolución judicial entiende que el Real Decreto impugnado no lesiona los derechos particulares o simplemente no tiene efecto retroactivo.

b.- Supuestos en los que la resolución judicial entiende que el Real Decreto impugnado lesiona los derechos particulares.

5.- **CONSIDERACIONES FINALES EN CUANTO AL RÉGIMEN DE EFICACIA Y VIGENCIA DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.**

CAPÍTULO VII

LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN EL SISTEMA NORMATIVO DE FUENTES DEL DERECHO VIGENTE TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978. LAS RELACIONES DE LOS REGLAMENTOS DEL CONSEJO DE MINISTROS CON LA LEY.

1.- **DOCTRINA GENERAL.**

A.- El origen histórico de la relación entre la Ley y el reglamento.

B.- La relación entre la Ley y el reglamento en el Derecho español tras la Constitución Española de 1.978.

C.- La extensión del principio de legalidad.

D.- Técnicas de relación entre la Ley y el reglamento.

E.- Precisiones doctrinales en relación con la técnica de relación entre la Ley y el reglamento.

2.- LA RESERVA DE LEY Y EL DESARROLLO DEL ORDENAMIENTO POR EL GOBIERNO.

A.- Definición y origen histórico de la reserva de ley.

B.- La reserva de ley en la Constitución Española de 1.978.

C.- Examen de la doctrina científica sobre las reservas legales de los Capítulos II y III del Título I de la Constitución: los derechos fundamentales, las libertades públicas y los principios rectores de la política económica y social.

D.- Las reservas de Ley Orgánica establecidas por la Constitución según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo objeto de la presente investigación.

E.- Las reservas de ley ordinaria establecidas en la Constitución según la doctrina analizada del Tribunal Constitucional y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

a.- Fundamento y alcance de la reserva de ley.

b.- Supuestos concretos de desarrollos reglamentarios realizados por el Gobierno de la Nación en relación con las distintas reservas de ley establecidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

a'.- La reserva de ley del artículo 25 CE.

b'.- La reserva de ley del artículo 27 CE.

c'.- La reserva de ley del artículo 31 CE.

d'.- La reserva de ley del artículo 35 CE.

e'.- La reserva de ley del artículo 36 CE.

c.- Supuestos concretos de desarrollos reglamentarios realizados mediante Real Decreto en relación con específicas reservas de ley establecidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

d.- La reserva de ley del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 103.3 CE en la jurisprudencia objeto de la presente investigación.

e.- Doctrina jurisprudencial en relación con el carácter de reserva de ley de las <<bases>> o <<legislación básica>> atribuida al Estado en determinadas materias del artículo 149 de la CE.

3.- LA INEXISTENCIA DE RESERVA REGLAMENTARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A FAVOR DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN.

4.- LA DESLEGALIZACIÓN Y ULTERIOR REGULACIÓN MEDIANTE REAL DECRETO REGLAMENTARIO DE UNA DETERMINADA MATERIA.

A.- El concepto de deslegalización.

B.- La técnica deslegalizadora.

5.- CONSIDERACIONES FINALES.

CAPÍTULO VIII

LAS CLASES DE REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN FUNCIÓN DE SU RELACIÓN CON LA LEY.

1.- LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS O SECUNDUM LEGEM.

A.- Doctrina general.

B.- El concepto de reglamento ejecutivo.

C.- Necesidad de dictamen del Consejo de Estado.

D.- Contenido de los reglamentos ejecutivos.

E.- Límites en el desarrollo de la Ley.

F.- La utilidad de la categoría de los reglamentos ejecutivos en el estudio de los Reales Decretos reglamentarios.

2.- LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES O PRAETER LEGEM (EXTRA LEGEM).

A.- Doctrina general.

B.- El concepto de reglamento independiente.

C.- Innecesariedad del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del reglamento independiente.

D.- Límites de los reglamentos independientes.

E.- La distinción respecto de los reglamentos ejecutivos como fundamento de su utilidad científica para el estudio del régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios.

F.- Distinción entre los reglamentos independientes y los reglamentos organizativos.

3.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD O CONTRA LEGEM.

4.- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA CLASIFICACION ESTUDIADA DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

CAPÍTULO IX

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS POR EL PROPIO CONSEJO DE MINISTROS.

1.- EL DENOMINADO RECURSO INDIRECTO CONTRA LOS REGLAMENTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA. ARTÍCULO 107.3 LRJAPYPAC.

2.- EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS NULOS. UN EXAMEN DEL ARTÍCULO 102 LRJAPYPAC.

A.- La regulación legal.

B.- Definición y naturaleza jurídica del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales del Gobierno.

C.- El procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales del Gobierno regulado en el artículo 102 de la LRJAPYPAC en su redacción de la Ley 4/1.999 de 13 de enero.

a.- En cuanto a los requisitos subjetivos.

b.- En cuanto a los requisitos objetivos.

c.- La tramitación del procedimiento de revisión.

3.- LA SANCIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS EN CONSEJO DE MINISTROS POR SER DECLARADOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

A.- La declaración de nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto en el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 LRJAPYAC.

B.- Los efectos de la declaración por el Consejo de Ministros de la nulidad de un Real Decreto reglamentario.

C.- El particular denunciante carece de acción de nulidad para actuar en vía contencioso-administrativa recurriendo la resolución desestimatoria del procedimiento de revisión de un Real Decreto.

4.- REFLEXIONES FINALES RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

CAPÍTULO X
EL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO
EN DERECHO COMPARADO.

1.- LOS SISTEMAS CONTINENTALES DE CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD
REGLAMENTARIA.

A.- Francia.

- a.- Idea general sobre el control de las normas reglamentarias del Gobierno en Francia.
- b.- Procedimientos previstos por el Ordenamiento jurídico francés para someter a control judicial los Decretos reglamentarios.
- c.- Las técnicas empleadas por el contencioso-administrativo francés para controlar la potestad reglamentaria del Gobierno.

B.- Italia.

- a.- La conformación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Italia.
- b.- El cuadro de acciones a interponer ante la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la actividad administrativa del Gobierno.

C.-Alemania.

- a.- El nacimiento y desarrollo histórico de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania.
- b.- El sistema actual de control judicial de la actividad de las Administraciones públicas.

c.- Técnicas de control judicial de la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas.

2.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

A.- El Reino Unido.

a.- El juez inglés controla la legislación delegada como producto del Ejecutivo a diferencia de la inmunidad de que gozan las leyes del Parlamento en cuanto expresión de la soberanía.

b.- Alcance del control de los poderes normativos del Gobierno Británico.

c.- La estructura general del sistema judicial británico aplicable a Inglaterra y Gales.

d.- Técnicas de control judicial sobre la normativa delegada o *delegated legislation*.

e.- Los remedios procesales existentes contra la legislación delegada que vulnere los poderes normativos otorgados por el Parlamento.

B.- Los Estados Unidos de América.

a.- Mecanismos de control del ejercicio por el Gobierno Federal del poder delegado por el Legislativo para dictar disposiciones generales.

b.- Supuestos de control jurisdiccional de la legislación delegada dictada por el Ejecutivo federal.

3.- CONSIDERACIONES FINALES.

CAPÍTULO XI

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL.

1.- LA PROGRESIVA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL PLENARIO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

2.- LA INAPLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.

A.- Significado de la excepción de ilegalidad.

B.- Destinatario de la excepción.

C.- Los Reales Decretos normativos como objeto de la excepción de ilegalidad.

D.- La extensión de la excepción de ilegalidad alcanza a cualquier infracción del Ordenamiento jurídico en que incurran los Reales Decretos normativos.

E.- Efectos de la excepción de ilegalidad.

3.- LA DOCTRINA DE LOS VICIOS INVALIDANTES EN EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS DICTADOS

POR EL CONSEJO DE MINISTROS. EXAMEN DE LOS LÍMITES DE VALIDEZ DE
LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- Límites formales.

- a.- Las competencias para dictar Reales Decretos reglamentarios.
- b.- Jerarquía normativa.

B.- Límites sustanciales.

- a.- Los principios generales del Derecho.
- b.- El fin de la norma reglamentaria.
- c.- La materia reglamentaria.
- d.- La irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de los derechos individuales.

4.- EL TRÁMITE DE ADMISIBILIDAD EN LA IMPUGNACIÓN DE LAS
DISPOSICIONES GENERALES DEL GOBIERNO.

A.- El derecho a la tutela judicial efectiva.

B.- Examen de las causas de inadmisibilidad reguladas por la LJCA en la impugnación de los Reales Decretos reglamentarios.

C.- Examen especial de la doctrina jurisprudencial sobre las causas de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnan reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

a.- Artículo 82.a) LJCA, <<que se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia para ello, por corresponder el asunto a otra jurisdicción o a otro órgano de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, respectivamente>>.

a'.- Supuestos en los que el recurrente solicita que se condene al Gobierno a dictar una nueva disposición general que sustituye a la impugnada o que se incluya un nuevo precepto.

b'.- La desviación procesal por ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo en relación con el previo de reposición.

b.- Artículo 82.b) LJCA, <<que se hubiere interpuesto por persona incapaz, no representada debidamente o no legitimada>>.

a'.- El concepto de interés legítimo tras la Constitución Española de 1.978.

b'.- Distinción entre interés legítimo, interés directo, intereses colectivos, intereses difusos y mero interés de legalidad.

c'.- Manifestaciones del principio <<*pro actione*>> en orden a la admisibilidad de un recurso contencioso-administrativo contra un Real Decreto reglamentario.

a''.- En relación con la capacidad procesal de los actores.

b''.- En relación con la representación.

c''.- En relación con el requisito de la comunicación previa al órgano administrativo que dictó el reglamento impugnado contenido en el apartado 3 del artículo 110 LRJAPYAC derogado por la Disposición Derogatoria 2ª.d) de la Ley 29/1.998 de 13 de julio.

d''.- En relación con la legitimación del recurrente.

d'.- Supuestos en que concurre interés legítimo en el recurrente.

e'.- Supuestos en que concurre falta de legitimación procesal para recurrir.

c.- Artículo 82.c) LJCA, <<actos no impugnables por ley>>.

d.- Artículo 82.d) LJCA, <<que recayere sobre cosa juzgada>>.

e.- Artículo 82.e) LJCA, <<que no se hubiere interpuesto si fuere preceptivo el recurso previo de reposición>>.

a'.- El recurso de reposición exigido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre que derogó los artículos 52 y 53 LJCA de los que se deducía la obligatoriedad para las disposiciones generales del artículo 39 LJCA.

b'.- Falta de exigencia del recurso de reposición con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJAPYAC.

f.- Artículo 82.f) LJCA, <<que se hubiere presentado el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo fuera del plazo establecido o de forma defectuosa>>.

a'.- Supuestos en que concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA.

b'.- Supuestos en los que no concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA.

g.- Artículo 82.g) LJCA, <<que al formalizar la demanda no se hubieren cumplido los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69>>.

5.- EL RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- Los límites del examen realizado en el presente apartado.

B.- Idea general.

C.- Objeto del recurso directo.

D.- La tramitación del recurso directo.

E.- Efectos del recurso directo.

F.- Consideraciones finales respecto del recurso directo contra Reales Decretos reglamentarios.

6.- EL RECURSO INDIRECTO CONTRA LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El recurso contra actos que apliquen un reglamento ilegal.

B.- El recurso directo y el recurso indirecto.

C.- Objeto del proceso.

D.- Efectos del recurso indirecto.

E.- Los supuestos en los que sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad puede el Tribunal pronunciarse sobre su validez.

F.- Consideraciones finales respecto del recurso indirecto contra Reales Decretos reglamentarios.

7.- LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD EN RELACIÓN CON LA IMPUGNACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- Idea general.

B.- Los requisitos procesales.

C.- El procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción.

D.- Los efectos de la sentencia.

E.- Consideraciones finales respecto de la cuestión de ilegalidad.

8.- EL CONTROL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

A.- Evolución histórica.

B.- Naturaleza jurídica de los Decretos legislativos y su relación con la ley de delegación.

C.- Fundamento jurídico del control de los Reales Decretos legislativos por la jurisdicción ordinaria.

D.- Alcance del control de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

9.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

A.- Delimitación jurídica de la pasividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

B.- La inactividad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno como objeto de la pretensión de la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

C.- El alcance del control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria del Ejecutivo.

10.- LA NULIDAD DE PLENO DERECHO COMO SANCIÓN JUDICIAL DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

A.- Contenido de la declaración judicial de nulidad de un Real Decreto reglamentario.

B.- Régimen jurídico de la declaración judicial de nulidad de los Reales Decretos reglamentarios en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

C.- Subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de los Reales Decretos reglamentarios declarados nulos.

D.- La distinción con la derogación de la norma reglamentaria.

CAPÍTULO XII

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DECLARATIVAS DE NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS POR REAL DECRETO DEL CONSEJO DE MINISTROS.

1.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

2.- LA DOCTRINA FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

3.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN.

A.- El procedimiento de ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios.

B.- Análisis de los distintos supuestos de ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios y de reconocimiento de <<ilegalidad omisiva>> en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria.

4.- EXPOSICIÓN DEL ESTUDIO REALIZADO SOBRE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El campo analizado para realizar el estudio sobre la actividad de ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios.

a.- Delimitación del campo examinado.

b.- Relación entre la publicación de las Sentencias en el Boletín Oficial del Estado y los datos obtenidos en la B.D.A.-Repertorio de Jurisprudencia y el Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi.

B.- Resultados obtenidos en relación con la ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto.

a.- Resultados del estudio relativos a la publicación del fallo de las Sentencias.

b.- Resultados del estudio relativos a la regulación normativa que viene a sustituir a la declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo.

c.- Resultados del estudio relativos a los supuestos en que concurren la publicación y la modificación de la normativa afectada por el fallo de una Sentencia que declara la nulidad de un reglamento aprobado mediante Real Decreto.

d.- Consideraciones finales.

CAPÍTULO XIII
OTROS PROCESOS QUE PERMITEN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE
LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

1.- OTROS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS QUE TIENEN POR
OBJETO EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES DECRETOS
REGLAMENTARIOS.

A.- El procedimiento incidental de adopción de medidas cautelares.

a.- El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de las medidas cautelares.

b.- Criterio determinante para adoptar la medida cautelar.

c.- La medida cautelar de suspensión de una disposición general del Gobierno.

d.- Breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el otorgamiento de la suspensión de recursos en los que se impugnan directa o indirectamente Reales Decretos reglamentarios.

B.- El proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

a.- El proceso de amparo ordinario de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa.

b.- Breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada con ocasión de reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

C.- La responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio u omisión de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

a.- La responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de la potestad reglamentaria.

b.- La responsabilidad patrimonial por inactividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

2.- LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO COMUNITARIO.

A.- La vinculación del Derecho nacional con el Derecho comunitario.

B.- La cuestión prejudicial de interpretación y validez del Derecho comunitario.

a.- La posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el conjunto del sistema judicial de la Unión Europea.

b.- La cuestión prejudicial de interpretación o validez como remedio procesal que permite el control de la subordinación a los Tratados y la aplicación homogénea del Derecho derivado en la totalidad de los Estados miembros.

c.- Cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a instancia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las que

se cuestiona la interpretación del Derecho comunitario en relación con recursos impugnatorios de Reales Decretos legislativos o Reales Decretos reglamentarios.

C.- El recurso por incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones derivadas del Derecho constitutivo de la Comunidad Europea.

D.- La responsabilidad interna de los Estados miembros de la Unión Europea frente a los particulares.

3.- EL CONTROL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A.- Las competencias del Tribunal Constitucional en relación con el control de los Reales Decretos reglamentarios.

B.- El Recurso de amparo contra los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros.

a.- Concepto y trascendencia jurídica del recurso de amparo constitucional.

b.- Naturaleza jurídica del recurso de amparo.

c.- Elementos subjetivo y objetivo del recurso de amparo, determinación de su objeto.

d.- Los Reales Decretos reglamentarios como objeto del recurso de amparo.

e.- El contenido del fallo de las sentencias recaídas en recursos de amparo contra Reales Decretos reglamentarios.

C.- Los supuestos de planteamiento de conflicto positivo de competencia por las Comunidades Autónomas.

a.- La potestad reglamentaria del Gobierno como objeto material de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

b.- Examen de los conflictos positivos de competencia.

c.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada con ocasión de los conflictos positivos de competencia planteados a propósito de Reales Decretos reglamentarios.

CAPÍTULO XIV

CONCLUSIONES.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

A.- Relevancia del método de estudio desarrollado.

B.- Vinculación de las conclusiones finales con las resultantes de cada uno de los Capítulos.

C.- Relevancia de la legislación vigente en relación con el objeto de estudio y de los cambios legislativos producidos recientemente.

D.- El estado actual del régimen jurídico y el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios como la penúltima etapa de la evolución jurídica previsible.

2.- CONCLUSIONES OBTENIDAS EN LA INVESTIGACIÓN.

A.- Conclusiones obtenidas del examen de los anteriores Capítulos de la investigación.

a.- En relación con el régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios.

b.- En relación con el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios.

B.- Tesis que defiende el autor de estas líneas como resultado de la investigación realizada.

BIBLIOGRAFÍA.

APÉNDICE DOCUMENTAL.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A DISPOSICIONES GENERALES DE CARÁCTER REGLAMENTARIO EN LA QUE SE ARGUMENTA SOBRE REALES DECRETOS.

1. - NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN DEL RECURSO INSTADO Y SENTIDO DEL FALLO.

A.- CAMPO ANALIZADO.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Correspondientes al periodo 1.988-1.993.

b.- Correspondientes al periodo 1.994-2.002.

c.- Correspondientes al periodo completo.

2.- MATERIAS SOBRE LAS QUE VERSAN LAS SENTENCIAS EXAMINADAS EN RECURSOS DIRECTOS O INDIRECTOS CONTRA REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- CAMPO EXAMINADO.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Relativos al periodo 1.988-1.993.

a'.- Recursos Directos.

b'.-Recursos Indirectos.

b.- Relativos al periodo 1.994-2.002.

a'.- Recursos Directos

b'.- Recursos Indirectos.

c.- Relativos al periodo completo.

a'.- Recursos Directos.

b'.- Recursos Indirectos.

3.- CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REALES
DECRETOS REGLAMENTARIOS TRATADAS POR EL CONJUNTO DE LAS
SENTENCIAS EXAMINADAS.

A.- CAMPO ANALIZADO.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Correspondientes al periodo 1.988-1.993.

b.- Correspondientes al periodo 1.994-2.002.

c.- Correspondientes al periodo completo.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

Ar.....	Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Editorial Aranzadi.
As.....	Asunto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
Art.....	Artículo.
Arts.....	Artículos.
AATC.....	Autos del Tribunal Constitucional.
AATS.....	Autos del Tribunal Supremo.
AO.....	Ley Tributaria alemana.
APA.....	<i>Administrative Procedure Act</i>
ATC.....	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS.....	Auto del Tribunal Supremo.
BOC.....	Boletín Oficial de las Cortes.
BOE.....	Boletín Oficial del Estado.
BOMD.....	Boletín Oficial del Ministerio de Defensa.
BRTF.....	<i>the Better Regulation Task Force</i> o Grupo de choque para la mejora de la normativa.
BverfGe.....	<i>Bundesverfassungsgericht</i> o Tribunal Constitucional alemán.
BverwG.....	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> o Corte Suprema Federal alemana.
C.....	Cuestión prejudicial de interpretación o validez.
Cc.....	Código Civil.

CC.....	Cuestión de constitucionalidad.
CCC.....	Cuestiones de constitucionalidad.
CE.....	Constitución Española.
CEE.....	Comunidad Económica Europea.
CI.....	Constitución Italiana
CIOA.....	Comisión Interministerial de Ordenación Alimentaria.
DC.....	Decisión del Consejo Constitucional francés.
DD.....	Disposiciones Derogatorias.
ECR.....	<i>European Court Register</i> o Registro del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
ET.....	Estatuto de los Trabajadores.
FJ.....	Fundamento Jurídico de la Resolución judicial estudiada.
FFJJ.....	Fundamentos Jurídicos de la Resolución judicial estudiada.
Lag.....	Ley de Aguas.
LET.....	Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LJ.....	Ley de la Jurisdicción.
LG.....	Ley del Gobierno.
LGT.....	Ley General Tributaria.
LJCA.....	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LM.....	Ley del Medicamento.
LO.....	Ley Orgánica.

LOTT.....Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

LOACE.....Ley de Organización de la Administración Central del Estado.

LOFAGE.....Ley Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

LOCE.....Ley Orgánica del Consejo de Estado.

LOPJ.....Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOTC.....Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LPA.....Ley de Procedimiento Administrativo.

LPC.....Ley de Procedimiento Común.

LPJDFP.....Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

LRJAE..... Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

LRJAPYPAC.....Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (abreviatura utilizada como alternativa a LPC).

OVG..... *Oberverwaltungsgericht* o Tribunal Superior Administrativo de un *Land* alemán.

RLOTT.....Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

RD.....Real Decreto.

RDL.....Real Decreto Legislativo.

Rec.....Recopilación de Dictámenes del Consejo de Estado del Boletín Oficial del Estado.

Rev.....Recurso de Revisión.

RTC.....Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Editorial Aranzadi.
 S.....Sentencia.
 SS.....Sentencias.
 STC.....Sentencia del Tribunal Constitucional.
 STJCE.....Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
 SSTJCE.....Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
 STS.....Sentencia del Tribunal Supremo.
 SSTC.....Sentencias del Tribunal Constitucional.
 SSTS.....Sentencias del Tribunal Supremo.
 TCE.....Tratado de la Comunidad Europea.
 TJCE.....Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
 Vol.....Volumen de la Obra.
 VwGO..... *Verwaltungsgerichtsordnung* o Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa alemana.
 VwVfG..... *Verwaltungsverfahrensgesetz* o Ley de Procedimiento Administrativo alemana.
 X Buch SGB.....Código [alemán] de las Leyes Sociales.
 USC.....*United States Code* o Código [administrativo] de los Estados Unidos de América.

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.

1.- OBJETO DE LA TESIS DOCTORAL.

A.- Objeto de la tesis doctoral.

B.- Delimitación del Objeto.

a.- Cronológica.

b.- Relativa al tema mismo.

c.- Ámbito geográfico.

2.- EL ENCUADRAMIENTO CIENTÍFICO.

3.- METODOLOGÍA.

4.- FUENTES UTILIZADAS.

5.- EL PLAN DE LA EXPOSICIÓN.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.

1.- OBJETO DE LA TESIS DOCTORAL.

A.- Objeto de estudio.

El objeto de la presente tesis doctoral se concreta en exponer el <<régimen jurídico y control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios aprobados en Consejo de Ministros>>. Trata, por lo tanto, de poner de manifiesto de modo ordenado y a la vista del Ordenamiento jurídico vigente, cuál es el régimen jurídico actual del reglamento y de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros. Se pretende de modo más específico, en una primera parte, analizar el concepto actual de dicha figura; la potestad

en la que se fundamenta; cuál es el proceso de su elaboración; y fijar su posición y aplicabilidad en el conjunto de las fuentes que integran el Derecho español (comenzando por la Constitución que positiviza la mayoría de los principios generales del Derecho y la Ley). Asimismo, se examinan las diferentes clases de normas reglamentarias que puede dictar el Ejecutivo en función precisamente de cuál sea su conexión con la Ley y se aborda el régimen de su vigencia en el tiempo. En una segunda parte, se analizan los controles internos a los que se encuentran sometidos los Reales Decretos reglamentarios por la propia Administración General del Estado y se procede a un estudio detallado de los diferentes controles jurisdiccionales cuya competencia alcanza al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional e, incidentalmente, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Abordo, de este modo, uno de los temas centrales del Derecho Administrativo español cual es el del reglamento de Estado por excelencia, el Real Decreto reglamentario, que atendiendo a su naturaleza jurídica se dicta por el Gobierno de la Nación con la firma de S.M. el Rey como expresión de la unidad del Estado y con vigencia para la totalidad del territorio español. En este punto, la aprobación de la Constitución Española de 1.978 ha supuesto la creación de una nueva estructura territorial del Estado en el que los Ejecutivos de las respectivas Comunidades Autónomas han asumido a través de sus Estatutos la potestad reglamentaria en muchas de las competencias antes atribuidas al Gobierno nacional. Sin embargo, el texto constitucional no ha alterado en esencia la figura del Real Decreto reglamentario que continúa siendo el paradigma de la norma reglamentaria que se integra en el sistema de fuentes español como desarrollo consciente por la Administración pública de la Constitución y la Ley.

Las disposiciones reglamentarias del Consejo de Ministros, una vez dictadas, pasan a formar parte del conjunto de normas que constituye el denominado <<bloque de legalidad>> que se impone necesariamente a la Administración en su actuación. La trascendencia práctica del objeto investigado resulta, en consecuencia, evidente tanto para la Administración pública como para el ciudadano. Y la misma se incrementa si consideramos que la mayoría de las leyes se encuadran en la categoría denominada <<leyes necesitadas de reglamento>>, de modo que sólo mediante la publicación de la norma reglamentaria que viene a complementarlas resultan realmente operativas. Por otra parte, el carácter <<ordinamental>> del reglamento entronca necesariamente el tema investigado con la Teoría General de las Fuentes en el Derecho Administrativo y con la vigencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Pero la exposición de cual fuera el régimen jurídico de los reglamentos aprobados por el Ejecutivo español quedaría realmente incompleta si no alcanzara igualmente al análisis de cuales son los medios que nuestro Derecho establece para su control por los Órganos del Poder Judicial. En este punto, procedo al estudio de los instrumentos contenidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1.985 de 1 de julio y muy especialmente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio. En efecto, la nueva Ley del Orden Contencioso-administrativo ha supuesto, en relación con este tema, una novedad importante. Lo anterior es predicable sobre todo en cuanto a la posibilidad efectiva de controlar la legalidad de los reglamentos por vía indirecta que permita su eliminación del mundo jurídico mediante la pertinente declaración de nulidad de pleno derecho. A este respecto, cabe

destacar el nuevo régimen de recursos indirectos en los supuestos en los que el Órgano judicial es competente igualmente para resolver el recurso directo, así como la nueva institución de la cuestión de ilegalidad.

La presente investigación aborda asimismo el control de la potestad reglamentaria del Gobierno español por otras instancias jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional que ejerce la función de supremo intérprete de la Constitución española y garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Y, finalmente, investiga la relación que con el tema tienen los procesos de los que conoce el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dada la consideración de Derecho interno superior con efecto directo que el Derecho de la Unión Europea tiene tras nuestra integración en las Comunidades Europeas. Pretendo, por consiguiente, determinar cual es el repertorio de los medios de control de los que dispone el ciudadano en general y el jurista en particular, para hacer efectiva la verificación permanente de la legalidad y la constitucionalidad de las normas reglamentarias del Gobierno.

Por último, he de destacar que realizo en paralelo con la exposición general del objeto de la investigación en el Derecho español, una indagación del tema en el Derecho comparado que, sin ánimo de ser exhaustivo, pretende clarificar cuales son las soluciones que los principales sistemas jurídicos de Derecho europeo continental y de Derecho anglosajón han dado al objeto analizado. Resulta ciertamente ilustrativa la comparación de los respectivos Derechos nacionales por cuanto, aunque pudiera parecer lo contrario, las soluciones son muy dispares. Las mismas resultan ser fruto, la mayoría de las veces, del peso de la respectiva tradición jurídica y de la estructura

constitucional del Estado que define el papel del Gobierno central y de las normas por él dictadas.

B.- Delimitación del Objeto de la presente investigación.

Para hacer más comprensiva la exposición de cuales son los límites del objeto de la presente investigación, procedo a delimitar el tema analizado atendiendo a las tres variables fundamentales que acotan un estudio de esta naturaleza.

a.- Delimitación cronológica.

Analizo la potestad reglamentaria del Gobierno español, concretada en los Reales Decretos reglamentarios, durante el periodo que media entre 1.988 y la actualidad. Trato con ello de exponer el régimen jurídico vigente en cuanto al tema analizado. No obstante lo anterior, al estudiar un tema tradicional en la teoría general del Derecho Administrativo, las referencias jurisprudenciales y sobre todo doctrinales alcanzan a los orígenes mismos del Derecho Administrativo en España y en Europa. Estoy aludiendo con ello a la nueva configuración del Estado en los Estados Unidos de América y en Francia tras sus respectivos procesos de emancipación y revolución a finales del siglo XVIII que tendrá su repercusión casi inmediata en España y en el resto de los países de Europa desde principios del siglo XIX.

La fecha inicial elegida para comenzar el estudio del régimen jurídico actual de la potestad reglamentaria del Gobierno, 1.988, no es casual pues en este año se produce la aprobación de la Ley 38/88 de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial. Con dicha Ley entra en vigor, aunque parcialmente, la nueva estructura de los Órganos judiciales del Orden contencioso-administrativo ya prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1.985 de 1 de julio. De este modo, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, como Sala única de lo Contencioso-administrativo que agrupa en adelante a las anteriores Salas 3ª, 4ª y 5ª (artículo 28 LPDJ), entiende exclusivamente de los Recursos que se interponen contra los actos y disposiciones del Gobierno y sus Comisiones Delegadas y contra los restantes Poderes Constitucionales del Estado (artículo 58.1 LOPJ). El citado precepto establece que conocerá igualmente de los Recursos de Casación en los términos que establezca la Ley (previsión que sería efectiva posteriormente con la Ley 10/1.992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal). Asimismo, conviene indicar que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1.988 de 28 de diciembre (art. 58.1 LPDJ), los Recursos de Apelación de que conocían las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo habían de fundarse necesariamente en la infracción de normas no emanadas de órganos de las respectivas Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, es en torno a dicho año cuando, conforme a la legislación positiva, se delimita la competencia actual de la Sala 3ª del Tribunal Supremo restringida a los Recursos fundados exclusivamente en Derecho estatal o comunitario y de Revisión, de modo que a partir de dicho momento se acomoda la estructura judicial a la nueva organización territorial

del Estado derivada de la constitución de las diferentes Comunidades Autónomas. Y todo lo anterior, me llevó a estimar que resultaba más práctico iniciar la indagación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en torno al tema, a partir del referido año 1.988, aunque los efectos del nuevo diseño de la planta judicial se comenzaran realmente a percibir en los años sucesivos.

Al mismo tiempo, y dada la amplitud del tema examinado y de la abundante doctrina y jurisprudencia existente sobre el objeto del presente estudio, fijé como fecha de cierre de las fuentes analizadas para realizar la presente redacción el mes de noviembre del año 2.002 en cuanto a la jurisprudencia y abril del 2.003 en cuanto a las aportaciones de la doctrina científica. Momento en el que, por otra parte, ya se habían producido la práctica totalidad de las publicaciones doctrinales editadas en torno a las recientes novedades legislativas que habían acaecido en los años precedentes en materia de jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) y de procedimiento administrativo (Ley 4/1.999 de 13 de enero).

b.-Delimitación en cuanto al objeto mismo de la investigación.

Respecto de cuales sean los límites sustantivos de la investigación desarrollada, he de precisar que el presente estudio se circunscribe exclusivamente a los Reales Decretos reglamentarios adoptados por el Consejo de Ministros en cuanto producto de la potestad reglamentaria del Gobierno. Y ello porque las normas incluidas en la mencionada categoría jurídica reúnen una serie de caracteres que las hacen en sí mismas suficientes

para abordar en exclusiva un análisis como el realizado. En concreto, me estoy refiriendo a que el Real Decreto reglamentario:

1) Se encuentra sometido a un régimen jurídico uniforme.

2) Explícita en sí mismo la práctica totalidad de las normas reglamentarias emanadas del Ejecutivo Nacional.

3) Permite la investigación del régimen jurídico general de la norma reglamentaria sin condicionamientos adicionales derivados de su posible carácter subordinado a una disposición general superior como ocurre con las normas emanadas de los Ministros, las Ordenes Ministeriales, o al Derecho Estatal como en el caso de los Decretos emanados del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y de las Ordenanzas de las Entidades Locales.

5) Constituye, por lo tanto, el paradigma del régimen jurídico de la norma reglamentaria en el Ordenamiento jurídico español. Y lo anterior permite extraer conclusiones en cuanto a sus notas caracterizadoras y a su vigencia que en buena medida resultan generalizables al resto de las normas reglamentarias emanadas de otras Administraciones públicas.

6) El estudio de la categoría jurídica de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto permite conocer por sí mismo cual es el ejercicio que el Ejecutivo nacional realiza de una de sus principales potestades, otorgada directamente por la Constitución, la potestad reglamentaria. En concreto, de aquélla que le permite participar en la formación del Ordenamiento jurídico y desarrollar las leyes completando la labor propia de las Cortes Generales lo

que plantea de modo inmediato el problema de su necesaria conexión con la Ley y el resto de fuentes del Derecho.

7) Por último, conviene resaltar que el análisis de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo facilita el conocimiento con exhaustividad de la actividad de control jurisdiccional de la potestad reglamentaria del Gobierno, lo que supone obtener una perspectiva completa de cual sea en la actualidad el ámbito de vigencia y los problemas jurídicos que plantean los reglamentos dictados por el Consejo de Ministros.

c.- Ámbito geográfico.

La investigación desarrollada se centra sobre las disposiciones generales dictadas por el Gobierno español y por lo tanto se podría definir sin problemas la presente investigación como una <<tesis de Derecho Español>>. Ello no obstante, he creído conveniente realizar una breve descripción en dos Capítulos intercalados del presente trabajo de cual es la perspectiva histórica y la situación actual de la norma reglamentaria dictada por el Gobierno y de su control judicial en varios Estados de nuestro entorno cultural. Se trata en concreto de los principales países (Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y los Estados Unidos de América) que conforman las dos grandes tradiciones jurídicas de Derecho Comparado, esto es, el Derecho continental europeo y el Derecho anglosajón. Y ello porque, por un lado, resulta innegable la influencia directa que el Derecho francés nacido de la Revolución francesa ha tenido en

la conformación del régimen jurídico del reglamento en España (aunque no deban olvidarse las aportaciones provenientes de otros Ordenamientos). Y, por otro, porque hoy en día el estudio de los modelos jurídicos de Derecho comparado resulta imprescindible si se quiere ver con cierta perspectiva cual es el sentido de la evolución legislativa y jurisprudencial de la norma reglamentaria en España, sobre todo tras nuestra integración en la actual Unión Europea. Por último, no cabe obviar la innegable importancia que hoy adquieren las instituciones jurídicas que se elaboran en los Estados Unidos de América, que aun perteneciendo a la tradición jurídica del Derecho anglosajón sirven como referente en la evolución futura de nuestro propio Ordenamiento jurídico.

II.- EL ENCUADRAMIENTO CIENTÍFICO.

La presente tesis doctoral se sitúa sin duda alguna en el ámbito del Derecho Administrativo definido como aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos constitucionales del Estado. Así, en el trabajo que sigue a continuación, efectivamente acometo el estudio del régimen jurídico de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo del Estado en el uso de una de las potestades administrativas por excelencia, la potestad reglamentaria, como corolario de la supremacía estatal. Y, al mismo tiempo, analizo los instrumentos de control que el propio Derecho Administrativo establece a través de la Ley de Procedimiento Común y de la Ley de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa como orden judicial propio y específico de los actos y disposiciones de las Administraciones públicas.

III.- METODOLOGÍA.

El tema analizado ha sido abordado mediante un estudio de la bibliografía relativa al mismo y de la jurisprudencia dictada con ocasión de los recursos interpuestos contra Reales Decretos reglamentarios. Además de lo anterior, no he obviado, cuando se ha hecho imprescindible, el examen directo de la legislación positiva sobre el objeto del trabajo. He buscado, por consiguiente, un equilibrio entre las citadas fuentes aunque poniendo el énfasis en los resultados obtenidos del conjunto de la jurisprudencia revisada.

En cuanto al tratamiento dado a cada una de las fuentes señaladas cabe indicar lo siguiente:

1) La doctrina científica ha permitido ofrecer una visión de la evolución histórica y de la situación actual de cada uno de los problemas jurídicos examinados. En la mayoría de los capítulos de la obra, y dada la abundancia de material bibliográfico analizado, se ha podido conocer con precisión cuales son las principales posiciones doctrinales sobre los diversos componentes del régimen jurídico del Real Decreto reglamentario. Además, la opinión de los principales administrativistas españoles se encuentra presente en los diferentes Capítulos de la tesis por lo que se puede seguir su línea argumental a lo largo

de toda la exposición e incluso observar comparativamente las diferentes construcciones argumentales de aquellos autores que pueden ser calificados como <<maestros del Derecho Administrativo español>>.

2) La recopilación realizada de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha permitido, por su parte, definir con precisión cual es el régimen jurídico vigente de la potestad reglamentaria tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978 y, especialmente, en los últimos quince años. En efecto, del contenido de las Sentencias estudiadas se deduce cual es la realidad jurídica existente en relación con los reglamentos del Gobierno, sin perjuicio de que la doctrina administrativista participara o no de lo resuelto en cada momento por los Tribunales de Justicia. Y, por otra parte, el examen de las Resoluciones judiciales ha permitido conocer cual es en la práctica el sistema jurídico de control judicial de los Reales Decretos reglamentarios.

Pero además, ha facilitado la comprensión de en qué medida las teorías defendidas por cada uno de los autores respecto de los reglamentos del Ejecutivo y su control han sido estimadas o seguidas por los Magistrados de ambos Tribunales.

Por último, no debe obviarse la consideración de que las argumentaciones contenidas en muchas Resoluciones judiciales examinadas, han constituido una innovación o interpretación progresiva del Ordenamiento jurídico en vigor. En efecto, así ha ocurrido, por ejemplo, respecto a la delimitación de la legitimación activa de los recursos contra reglamentos en la que tanto la doctrina formulada en su momento por la Sala 3ª del Tribunal Supremo como posteriormente por el Tribunal Constitucional permitió extender la legitimación a toda persona que ostentara un derecho subjetivo o un simple interés jurídico en la impugnación de una disposición general. Y lo anterior, se produjo en aplicación directa del artículo 24.1 CE que proclama el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Se superaba, de esta manera, por inconstitucional la letra del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1.956.

IV.- FUENTES UTILIZADAS.

En cuanto a la determinación de las fuentes utilizadas para realizar el trabajo que expongo seguidamente, conviene señalar que he pretendido seguir un criterio de exhaustividad en el estudio de las fuentes que versan sobre el tema aunque matizado por las posibilidades reales del manejo de la información que se encuentran al alcance de un estudioso del Derecho. Así

pues, con este punto de partida, el cuadro de fuentes empleadas para el desarrollo de la tesis doctoral ha sido el siguiente:

1) Examen de la bibliografía existente en relación con el objeto de estudio. He analizado la práctica totalidad de la bibliografía específica sobre el tema disponible en la Universidad Complutense de Madrid, sin perjuicio de que la misma haya sido completada con los títulos obtenidos en otras sedes de estudio (que por lo variado de su origen me abstengo de enumerar); así como con los ensayos más recientes ofrecidos al público por los autores. El acopio bibliográfico lo he concluido en el mes de abril del 2.003.

El elenco de las obras examinadas se compone tanto de monografías en torno al tema, como de opiniones doctrinales relacionadas con el objeto de la tesis contenidas en obras con título diverso u obras de Teoría General del Derecho Administrativo. Asimismo, he realizado un estudio exhaustivo del material bibliográfico incluido en el conjunto de las principales revistas jurídicas existentes en España y varias de Derecho Administrativo francés e italiano. Ello supone un estudio de la doctrina administrativa de Derecho español más destacada de los últimos cincuenta años que, no por casualidad, incluye la práctica totalidad de los autores pertenecientes a la Universidad Complutense de Madrid. El total de títulos examinados durante la realización del trabajo, a partir de cuales se han elaborado los diferentes Capítulos de la obra alcanza la cifra de 513.

2) Estudio de la jurisprudencia relativa a los Reales Decretos reglamentarios dictada por las diferentes Secciones de la Sala 3ª del Tribunal Supremo desde enero de 1.988 hasta la fecha de cierre de noviembre del 2.002, lo que no es óbice para que en alguna ocasión haya examinado también Resoluciones judiciales de años precedentes en atención al interés de sus fundamentos de Derecho en relación con el tema examinado. En estos supuestos se trata, sobre todo, de exponer de modo completo cuales han sido las diferentes posiciones adoptadas por la jurisprudencia a lo largo de la evolución jurídica de los reglamentos del Consejo de Ministros.

3) Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a los Reales Decretos reglamentarios y a la potestad reglamentaria en general, desde su puesta en marcha a mediados de 1.980 hasta la fecha de cierre del acopio de la jurisprudencia analizada, en noviembre del 2.002. La doctrina del Tribunal Constitucional resulta especialmente relevante en la recta determinación de las relaciones del reglamento con la Ley tras la entrada en vigor de la Constitución y, por ende, en la delimitación del papel de las normas reglamentarias en el ámbito de las distintas reservas previstas por el constituyente.

4) Investigación sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con ocasión de posibles recursos por incumplimiento contra España en relación con la inactividad reglamentaria del Gobierno (que no se han encontrado), y cuestiones prejudiciales de interpretación o validez planteadas por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en aquellos litigios en los que se impugnaba la validez de un Real Decreto reglamentario o de un Real Decreto legislativo.

5) Estudio de la legislación sobre el tema que está constituida principalmente por:

- La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1.992 de 26 de noviembre.

- La modificación de la Ley anterior operada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero.

- La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1.956.

- La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio.

- La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado 6/1.997 de 14 de abril.

- La Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre.

V.- EL PLAN DE LA EXPOSICIÓN.

El plan seguido para exponer los resultados obtenidos de la investigación realizada sobre el reglamento del Consejo de Ministros, a partir de las fuentes mencionadas, es el siguiente:

1) El concepto y la naturaleza jurídica del Real Decreto reglamentario y su distinción respecto de los actos aprobados mediante Real Decreto.

2) La potestad reglamentaria del Gobierno en la tradición histórica del Derecho comparado europeo y norteamericano que incluye un análisis de la potestad reglamentaria de los respectivos Gobierno nacionales de Francia, la República Federal Alemana, Italia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América.

3) La determinación del régimen jurídico de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros en España tras la aprobación de la Constitución española de 1.978, lo que incluye dos apartados específicos dedicados, respectivamente, a la naturaleza jurídica de dicha potestad y al necesario sometimiento de la misma al bloque de legalidad.

4) El procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria con el examen detallado de cada uno de los trámites previstos por la legislación para la publicación y puesta en vigor de un Real Decreto reglamentario.

5) La eficacia y la vigencia en el tiempo de las normas reglamentarias aprobadas por el Consejo de Ministros lo que exigía necesariamente una referencia a las siguientes instituciones jurídicas: la publicación, la derogación, la inderogabilidad singular y la irretroactividad de las normas reglamentarias.

6) Los reglamentos del Gobierno en el sistema normativo de fuentes del Derecho vigente tras la Constitución Española de 1.978. Dicho capítulo incluye, como es lógico, el análisis de las relaciones existentes entre los reglamentos del Consejo de Ministros y la Ley con una referencia a los supuestos de reserva de ley establecidos en la Constitución. Asimismo, trata de la inexistencia en nuestro Derecho positivo de reservas reglamentarias a favor del Gobierno nacional, mecanismo de ejercicio de competencias normativas que sólo es predicable de un caso singular en el Derecho foral del País Vasco. Y, finalmente, expone la figura de la deslegalización que permite al Gobierno, posteriormente, dictar reglamentos sobre la materia deslegalizada.

7) El examen de las diferentes clases de reglamentos existentes en función de su relación con la Ley, esto es, de los reglamentos ejecutivos o

secundum legem, independientes o *praeter legem* y de los reglamentos de necesidad o *contra legem*.

8) Los procedimientos establecidos por la Ley para permitir el control de los Reales Decretos reglamentarios por el propio Consejo de Ministros. En dicho Capítulo examino el denominado recurso indirecto contra reglamentos en vía administrativa (artículo 107.3 LRJAPY PAC) y el procedimiento de revisión de oficio de los Reales Decretos reglamentarios nulos (artículo 102 LRJAPY PAC). Igualmente, se aborda la naturaleza jurídica y el alcance de la declaración de nulidad de pleno derecho recaída en vía administrativa respecto de los reglamentos que son estimados contrarios al Ordenamiento jurídico.

9) El control judicial de la potestad reglamentaria en Derecho comparado, con una exposición descriptiva de la evolución histórica y el régimen actual de los diferentes sistemas jurisdiccionales de la potestad reglamentaria del Gobierno en los países ya indicados (Francia, Alemania, Italia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América).

10) Los procedimientos de control de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros en el sistema judicial español. En el mencionado Capítulo incluyo los siguientes apartados que gozan de cierta autonomía: a) la progresiva implantación de un sistema judicial plenario en materia contencioso-administrativa; b) la inaplicación de los reglamentos ilegales por

la autoridad judicial; c) la doctrina de los vicios invalidantes en el sistema de impugnación directa e indirecta de los reglamentos; d) el trámite de admisibilidad en la impugnación de disposiciones generales; e) el recurso directo contra reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros; f) el recurso indirecto contra los Reales Decretos reglamentarios; g) la cuestión de ilegalidad; h) el control de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa; i) el control judicial de la inactividad administrativa del Consejo de Ministros en el ejercicio de su potestad reglamentaria; y, finalmente, j) la nulidad de pleno derecho contenida en la parte dispositiva de las Resoluciones judiciales que estiman contrario al Ordenamiento jurídico un reglamento del Gobierno.

11) El análisis del procedimiento de ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo que declaran la nulidad de reglamentos aprobados por Real Decreto del Consejo de Ministros. En este Capítulo incluyo, además, los resultados de un estudio realizado sobre la actividad de ejecución desarrollada respecto de las referidas sentencias declarativas.

12) Y, finalmente, un Capítulo que expone otros procesos previstos por la legislación positiva que permiten el control aunque sea incidental o indirecto de la potestad reglamentaria del Gobierno. Forman parte del mencionado Capítulo los siguientes apartados: a) la exposición de otros procesos que permiten el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios (v.gr. el proceso incidental de adopción de medidas cautelares, el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos

fundamentales, y el de plena jurisdicción de reclamación de la responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de la potestad reglamentaria); b) los procesos previstos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que pueden incidir sobre el control de la potestad reglamentaria ejercida por los Estados miembros de la Unión Europea; y, c) el control de los Reales Decretos reglamentarios por el Tribunal Constitucional, con especial referencia al control desarrollado a través del recurso de amparo y el planteamiento de los conflictos positivos de competencia.

CAPÍTULO II

EL REAL DECRETO REGLAMENTARIO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

CAPÍTULO II

EL REAL DECRETO REGLAMENTARIO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

1.- EL CONCEPTO DE REGLAMENTO.

- A.- El reglamento en el sistema de fuentes del Derecho.
- B.- Aproximación etimológica al término <<Reglamento>>.
- C.- Origen histórico del reglamento.
- D.- Breve referencia a la evolución histórica de los reglamentos del Gobierno en España.
- E.- Distintas acepciones del término Reglamento.
- F.- Examen del concepto de Reglamento.
- G.- Definición legal de Reglamento.
- H.- El concepto de Real Decreto reglamentario.
- I.- El concepto de Reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Reales Decretos reglamentarios.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO.

- A.- Posiciones más destacadas de la doctrina científica.
- B.- Doctrina jurisprudencial expresada a propósito del control de los Reales Decretos.

3.- DISTINCIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LOS ACTOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

- A.- La naturaleza jurídica del reglamento y del acto administrativo.

B.- Los caracteres de la distinción entre norma reglamentaria y el acto administrativo plúrimo aprobado mediante Real Decreto.

CAPÍTULO II

EL REAL DECRETO REGLAMENTARIO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

1.- EL CONCEPTO DE REGLAMENTO.

A.- El reglamento en el sistema de fuentes del Derecho.

En el presente Capítulo abordo uno de los conceptos más clásicos de la teoría general del Derecho Administrativo junto con el de <<acto administrativo>>. Por ello mismo conviene advertir, con anterioridad, que la exposición que realizo del concepto de Reglamento se incorpora exclusivamente a los efectos de ofrecer una descripción completa del régimen jurídico del Real Decreto reglamentario aprobado por el Consejo de Ministros. En consecuencia, no pretendo, en las líneas que siguen a continuación, revisar la teoría general sobre el concepto de reglamento ni menos aún agotar la bibliografía existente al respecto.

Se trata, por el contrario, simplemente de puntualizar el concepto de norma reglamentaria ya que resulta imprescindible perfilarla con precisión antes de abordar en profundidad el concepto y régimen del Real Decreto

aprobado en Consejo de Ministros sobre el que versa el objeto de estudio de la presente tesis. Por ello, he de destacar que todas las referencias que dedico en el Capítulo iniciado al <<Reglamento>> en general son aplicables de modo directo al Real Decreto reglamentario.

Por otra parte, he de señalar que intento mostrar, a través de los distintos apartados del Capítulo, que en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo se mantiene el concepto común de reglamento como norma infralegal. Y, finalmente, realizar un análisis de las declaraciones de la jurisprudencia respecto al concepto mismo, de acuerdo con la línea general del estudio realizado.

Entrando ya en el tema indicado, cabe advertir que la nota más destacada de las fuentes del Derecho en las sociedades actuales no es tanto la obvia complejidad de su contenido normativo cuanto la tendencia a la ausencia de un sistema en el propio régimen jurídico de las metanormas, esto es, de las normas sobre la producción normativa¹. Así pues, se hace preciso un análisis detenido de las diferentes fuentes del Derecho para indagar si, al menos en Derecho español, es posible esbozar un sistema para las distintas fuentes y, entre ellas, especialmente para el Reglamento, fuente denominada secundaria, y cuya relevancia práctica es, sin embargo, unánimemente reconocida por la doctrina².

¹ A. ROMANO-TASSONE, *Las fuentes del Derecho*, Documentación Administrativa, números 248-249, mayo-diciembre, 1.997, p. 143.

² J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Volumen I, Madrid, 1.988, pp. 688-689, afirma la extraordinaria importancia práctica que en nuestro sistema normativo poseen las normas reglamentarias, tanto en el orden cualitativo como cuantitativo. Así afirma que “en lo cuantitativo, las cosas están claras: en el conjunto del sistema normativo, la Constitución y las normas con rango de ley no son sino islotes perdidos en un vasto océano de

El conocimiento de cual sea el régimen jurídico y el control del Reglamento adquiere una especial relevancia si consideramos que dada la sumisión plena del Gobierno y la Administración al Derecho se hace necesario conocer cuáles son las normas a las que se somete, y cuáles son sus sistemas de fuentes. En el caso del Derecho administrativo este sistema tiene además una importante peculiaridad en la medida en que se conjugan normas dictadas para la Administración y normas de la Administración, los reglamentos precisamente que son dictados por el Gobierno o la Administración pública, y que también debe cumplir³ la propia Administración autora. Son normas de Derecho objetivo que, según la conocida expresión de M. HAURIOU, vienen a integrarse en el llamado <<bloque de legalidad>> que se impone a la propia Administración en su actuación concreta⁴.

B.- Aproximación etimológica al término <<Reglamento>>.

Entrando ya en el análisis del concepto de Reglamento, en cuanto fuente del Derecho, ha de partirse de la consideración de que han sido numerosas la definiciones que a lo largo de la historia de la doctrina jurídica se han dado del mismo y de que cada concepto determina la aplicación de un determinado régimen jurídico. En efecto, el valor que pueda tener la construcción de una

reglamentos: tomando al azar cualquier anuario legislativo –por ejemplo el de 1.986- comprobaremos que frente a 158 normas con rango de ley, el periódico oficial insertó 3.777 normas reglamentarias. Y lo mismo ocurre en el plano cualitativo: a cualquier conocedor del Derecho positivo le consta que los preceptos contenidos en los reglamentos son, con harta frecuencia, de una eficacia e incisividad mucho más directas e intensas que los que llenan múltiples leyes formales.”Vid. también, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000 (reimpresión 2.001), pp. 305-306.

³ M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Derecho Administrativo de las Administraciones Públicas*, Editorial Dykinson, Madrid, 1.995, p. 19.

⁴ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 270.

determinada categoría jurídica depende, en última instancia, de que todos los supuestos que agrupa puedan ser reconducidos a unas reglas comunes de Derecho que permitan su empleo por el jurista. Así, comenzando por una aproximación etimológica a la voz reglamento, se entiende que el término aludido proviene de la palabra <<regla>> y, por lo mismo, significa una colección ordenada de reglas o preceptos que ordenan una comunidad. Relacionado con el vocablo reglamento se encuentra asimismo la palabra Decreto que proviene del adjetivo sustantivado latino, <<decretum>>, y que significaba en la Roma antigua la decisión fruto de la potestad de un magistrado que resuelve los problemas surgidos en el curso de un litigio⁵. Dicha etimología nos remite, en última instancia, al fin instrumental de todo reglamento que no es otro que el de resolver los problemas de la comunidad para la que se dicta. La evolución histórica hizo incluso que ambos términos se terminaran confundiendo en su significado de modo que, durante el siglo XIX, el apelativo <<decreto>> quedará reservado para las disposiciones dictadas por los Monarcas o por éstos con sus Ministros⁶.

Ha de señalarse, no obstante, que en la actualidad el término reglamento se emplea para designar normas dictadas por otros poderes estatales y supraestatales que adquieren fuerza de ley, así por ejemplo, podemos citar el reglamento aprobado por las Cortes Generales y por cada una de las Cámaras legislativas y el Reglamento emanado de las instituciones de la Unión Europea.

⁵ M.A. DE LA IGLESIA CHAMORRO, *El Gobierno por Decreto*, Editorial Marcial Pons, Pamplona, 1.991, p. 24.

⁶ M. A. DE LA IGLESIA CHAMORRO, *El Gobierno por Decreto*, Editorial Marcial Pons, Pamplona, 1.991, p. 67.

Finalmente, conviene destacar que no siempre el producto de la potestad reglamentaria recibe el nombre de <<Reglamento>> en nuestro Derecho. A veces, se habla de <<disposiciones>> o <<disposiciones generales>>, v.gr., en el artículo 161.2 de la Constitución Española, el artículo 1 de la LJCA y en el artículo 9.4 de la LOPJ⁷.

C.- Origen histórico del reglamento.

El concepto actual de Reglamento comienza a definirse cuando el tipo de norma que hoy conocemos como Ley aparece en el panorama europeo, con los inicios del régimen liberal; esto es, a fines del siglo XVIII en el Continente europeo y casi dos siglos antes en Inglaterra.

En Inglaterra, concretamente, a partir del siglo XVI se planteó abiertamente la pugna por la supremacía entre el Parlamento y el Rey, como consecuencia del extraordinario crecimiento del poder normativo de éste (ejercido mediante *proclamations* y *ordinances*, frente a los *Statutes* aprobados por el Parlamento). El crecimiento de las normas emanadas por el Monarca obedecía al cada vez mayor respaldo doctrinal de las tesis de la Monarquía Absoluta y a la expansión comercial y política del Estado lo que generaba problemas de dirección política y administración hasta entonces desconocidos⁸.

⁷ A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, pp. 83-84.

⁸ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pp. 693-694.

La oposición del Parlamento terminó provocando la *Glorious Revolution*, con el *Bill of Rights* de 1.689, que consagró la sumisión del Monarca a las normas emanadas del Parlamento de modo que no podría ni suspenderlas ni dispensar su cumplimiento⁹.

En Francia, por su parte, los primeros textos de la Revolución, consecuentemente con el dogma de la norma como emanación de la voluntad popular representada por la Asamblea, niegan la potestad reglamentaria. Las necesidades de gobierno y la cada vez mayor relevancia del Ejecutivo a lo largo del proceso revolucionario (Directorio, Consulado, Imperio) conducirán a su reconocimiento constitucional. Así, para la historia jurídica contemporánea, surge el término reglamento en la Constitución bonapartista del 13 de diciembre de 1.799 (22 de frimario del año VIII) cuando se plasma en la norma constitucional la doctrina imperante del poder reglamentario del Ejecutivo con subordinación total a la Ley. El artículo 44 de la Constitución introducía la palabra <<reglamento>> al disponer que: <<*Le Gouvernement propose des lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution*>>¹⁰. Al Gobierno, en consecuencia, venía atribuida la simple potestad ejecutiva de la Ley. La Constitución consagra como inevitable la atribución de poderes normativos secundarios al Poder Ejecutivo. Y partiendo

⁹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pp. 694 y 695. Este autor cita a su vez a M.A. SIEGHART, *Government by Decree, A Comparative Study of History of the Ordinance Power in English and French Law*, London, 1.950, págs. 13 y ss. El texto del *Bill of Rights* es el siguiente: <<1° *That the pretended power of suspending laws and the execution of Laws, by royal authority - without consent of Parliament-, is illegal. 2° That the pretended power of dispensing with Laws by royal authority, as it has been assumed and exercised of late, is illegal*>>.

¹⁰ A. LUCARELLI, *Potere Regolamentare*, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1.995, pp. 1-3.

de tal reparto de atribuciones normativas entre el Legislativo y el Ejecutivo, la relación entre Ley y Reglamento se constituye como una consecuencia del principio de separación de poderes, que formulado por MONTESQUIEU en el siglo XVIII, trata de servir a la causa de la libertad y como garantía de la libertad política y civil del ciudadano frente al absolutismo del Antiguo Régimen.

La práctica del poder reglamentario en la Europa de los siglos XIX y XX no variará mucho entre los distintos países, en la medida en que el Reglamento se impone como una necesidad para el funcionamiento de toda Administración Pública. Y ello a pesar de las divergencias doctrinales que respecto de la potestad reglamentaria existirán en cada época histórica entre los distintos países, v.gr., Francia y Alemania¹¹ debido a la diferencia existente entre la teoría y la realidad jurídica.

D.- Breve referencia a la evolución histórica de los reglamentos del Gobierno en España.

En ausencia del Monarca y de su familia, el 18 de junio de 1.810, el Consejo de Regencia movido por la actitud de la Junta Central de Defensa y de la población gaditana convoca a las Cortes en cámara única integrada por los representantes de las antiguas ciudades con derecho a voto. La primera reunión de los Diputados tuvo lugar el 24 de septiembre de 1.810 en la Real Isla de León declarándose solemnemente la soberanía de la Nación y erigiéndose las Cortes en depositarias de la misma. La soberanía pasa, al igual

¹¹ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, p. 688.

que en la Revolución Francesa, del Monarca a una persona distinta y superior a los individuos que la integran: la Nación.

La plenitud de poder con que actuaron las Cortes, en pleno paralelismo con la actuación inicial de la Asamblea Nacional Francesa, permite calificar el periodo constituyente transcurrido entre 1.810 a 1.812 como de <<Estado legislativo>>. En efecto, durante dicha etapa, el <<decreto>> fue el instrumento dispositivo principal y hegemónico que permitió dirigir el advenimiento del Nuevo Régimen. Por decreto, se estableció la libertad de imprenta, las disposiciones legislativas principales y también, entre otras cosas se concedieron indultos y amnistías. Así, a pesar de proclamarse solemnemente el principio de división de poderes, las mismas Cortes legislaban, desarrollaban las leyes y dictaban resoluciones singulares en aplicación de la mismas¹².

En España, la instauración del régimen liberal en los albores de la Constitución de Cádiz de 1.812 determina que, al igual que en Francia, los Diputados reunidos asuman la totalidad de los poderes normativos ya que como señalaba el Decreto I, de 24 de septiembre de 1.810, las Cortes declaraban solemnemente la soberanía de la Nación erigiéndose en depositarios de la misma¹³ y reservándose <<el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión>>. La norma aprobada tendrá su inmediata aplicación práctica en el Decreto XXIV, de 16 de enero de 1.811 que impedía al Consejo de Regencia suspender la vigencia de las leyes o interpretarlas.

¹² M. A. DE LA IGLESIA CHAMORRO, *El Gobierno por Decreto*, Editorial Marcial Pons, Pamplona, 1.997, pp. 62 y 63.

¹³ M. ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMORRO, *El Gobierno por Decreto*, Editorial Marcial Pons, Pamplona, 1.997, p. 61.

La postura convencional de las Cortes gaditanas no durará siquiera a la aprobación de la nueva Constitución. El 26 de enero de 1.812, la Asamblea aprueba el Decreto CXXXIX que contiene el Nuevo Reglamento de la Regencia del Reino, y que declara por primera vez el poder ejecutivo del depositario de los derechos dinásticos al señalar, en su artículo V, que <<La Regencia expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, oyendo antes al Consejo de Estado>>. El artículo 171 de la Constitución no hace sino confirmar la fórmula ya adoptada al declarar que se atribuye al Rey la facultad de expedir <<los decretos, reglamentos e instrucciones que crea sean conducentes para la ejecución de las leyes>>¹⁴.

El 19 de marzo de 1.812 es proclamada la nueva Constitución que da acogida por primera vez al pensamiento liberal en España. Los principios claves sobre los que se asienta el texto constitucional se concretan en la soberanía nacional, íntimamente unida al reconocimiento del derecho de representación universal, y la división de poderes. Respecto al primero de los principios enunciados, el artículo 3º declara que <<la soberanía reside esencialmente en la nación y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales>>. En cuanto al principio de división de poderes, el texto constitucional confió a las Cortes el poder legislativo (arts. 132-141) pero recogiendo, sin embargo, la fórmula <<heterodoxa>> (en la medida en que confiaba al Monarca la potestad

¹⁴ A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, ENAP, Madrid, 1.971, p. 30 y ss.

normativa de desarrollo de las leyes) del Decreto de 26 de enero de 1.812 sobre el Nuevo Reglamento de la Regencia del Reino que atribuía al Rey <<la potestad de hacer ejecutar las leyes>> (art. 16) y, más en concreto, la de <<expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de la leyes>> (art. 171)¹⁵.

En España, en la Constitución de 1.812, para A. GALLEGO ANABITARTE se afirma un concepto material de Ley en cuanto regulación general de toda materia importante, pero no hay materias reservadas a la Ley en contraposición al Reglamento, ya que ésta puede intervenir en todo: no estará limitada como en Alemania a regular sólo lo que afecte a la libertad y la propiedad de los ciudadanos. Y, justamente, la postulación de la Ley como regulación general es lo que va a dar lugar al reconocimiento de un poder reglamentario ejecutivo en el artículo 171 transcrito¹⁶.

La Constitución de Cádiz en su artículo 131 enumeraba las facultades de las Cortes y las materias sobre las que éstas eran obligatoriamente competentes. Pues bien, tal era la amplitud de dicha relación, que bien puede afirmarse que el citado artículo establecía una reserva total de ley. En este sentido, en el discurso preliminar se dirá que cada una de las facultades del artículo 131 <<pertenece por su naturaleza de tal modo a la potestad legislativa, que las Cortes no podrían desprenderse de ellas sin comprometer muy pronto la libertad de la nación>>¹⁷. La ley es una manifestación de

¹⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de Reglamento Ejecutivo en Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 77, mayo-agosto, 1.975, p. 151.

¹⁶ A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en España*, Revista de Administración Pública, número 57, septiembre-diciembre, 1.968, p. 94 y ss.

¹⁷ A. GALLEGO ANABITARTE, *La Ley y el Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.971, p. 31 y ss.

especial trascendencia y características, pero de ello no ha de derivarse que a las Cortes les estuvieran vedadas determinadas materias o que se caracterizara por tratar determinadas materias y sólo éstas.

A lo largo del siglo XIX, la fórmula expuesta del poder reglamentario en forma de Decretos, Reglamentos e Instrucciones, para ejecutar las Leyes se va a repetir en todas nuestras Constituciones. Así, en 1.837 (art. 47.1º), 1.845 (art. 39.1º), 1.856 (art. 52.1º) y 1.876 (art. 54) se recoge la misma fórmula. En la Constitución de 1.869, no obstante, el artículo 75 limitaría todavía más la emisión de Reglamentos <<a los previos requisitos>> que las Leyes señalen y, en la de 1.873, el artículo 9 haría afirmación de los Reglamentos no de los Decretos e Instrucciones.

En la formulación tradicional de la potestad reglamentaria del Ejecutivo en España, el Rey no tiene derecho propio de organización ya que es la Ley la que regulará la <<creación y suspensión de oficios públicos>> (art. 131.9 de la Constitución de 1.812) y hasta el <<Reglamento particular>> que señalaba <<a cada Secretaría los negocios que deben pertenecerle>> debía ser aprobado por las Cortes.

El artículo 170 de la Constitución de Cádiz, por otra parte, atribuye al Rey la potestad para la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y las leyes (disposición que se repite en la Constitución de 1.876, art. 50). El artículo 131.23 atribuía, sin embargo, a las Cortes la facultad de dictar <<Reglamentos generales de Policía>>. Por consiguiente, ni siquiera en este punto, existe la atribución de un poder autónomo y originario.

En consecuencia, la regla general de nuestras Constituciones viene constituida por una supremacía general de la Ley que no se ve limitada por ámbitos excluidos a su regulación. Existen, no obstante, en la historia de nuestro constitucionalismo tres excepciones a esta fórmula general en las que se establece la reserva de ley y un poder reglamentario autónomo y originario. Tales excepciones vienen constituidas por el Estatuto Real de 1.834; el Proyecto de Constitución de 1.852 <<para todo lo que forma parte de la gobernación del país>> y el Anteproyecto de Constitución de 1.929, preparado durante el periodo de gobierno del General Primo de Rivera, <<en materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa>>.

Respecto de la Constitución de 9 de diciembre de 1.931, promulgada con el advenimiento de la II República, ha de destacarse que aunque la misma habla en relación con la Ley de <<materias reservadas a la competencia de las Cortes>> (arts. 61 y 80) no se cita ninguna en su articulado. Las materias competencia de las Cortes son, por lo tanto, ilimitadas e indefinidas, siguiendo la tradición española, lo que se deduce fácilmente al examinar el concepto de poder reglamentario que recoge la Constitución:

- Sólo con autorización expresa será posible decretar sobre materias de Ley (art. 61).
- El Presidente de la República expedirá Decretos, Reglamentos e Instrucciones generales para la ejecución de las Leyes.
- El Consejo de Ministros ejerce la potestad reglamentaria (art. 90).

No aparece, por lo tanto, en el texto ningún poder reglamentario autónomo, sino sólo para ejecutar leyes. Además, ha de señalarse que el Profesor A. ROYO-VILLANOVA presentó y consiguió que se aprobara una enmienda que suprimió el inciso final que aparecía en el artículo 90 del Proyecto, en virtud del cual, se señalaba la posibilidad de dictar reglamentos para la ejecución de las leyes <<y la buena marcha de la Administración>>¹⁸.

En cuanto, a la configuración de la potestad reglamentaria en el régimen del General Franco, ha de partirse del concepto de Ley, que viene recogido en el artículo 17 de la Ley aprobada el 30 de enero de 1.938 en la que se señalaba que <<adoptarán la forma de Ley las disposiciones y resoluciones cuando afecten a la estructura orgánica del Estado, constituyan las normas principales del Ordenamiento jurídico del país, (párrafo 2º) prescribiendo la forma de <<Decretos en los demás casos>>. En el párrafo 1º, por su parte, se afirma que <<corresponde al Jefe del Estado la suprema potestad de declarar normas jurídicas de carácter general>>.

Posteriormente, la Ley de Cortes aprobada el 17 de julio de 1.942 estableció como <<misión principal>> de la nueva institución la <<preparación y elaboración de las Leyes>> (art. 1º).

En su artículo 10 se enumeraban las <<normas de que conocerán las Cortes en Pleno>>, estableciendo al respecto una relación de aquellas materias

¹⁸ Diario de las Cortes, 1.931, apéndice 1º al número 64. Citado por A. GALLEGO ANABITARTE, *La Ley y el Reglamento en España*, Revista de Administración Pública, número 57, septiembre-diciembre, 1.968, p. 101.

que, por su propia entidad, afectan a la estructura orgánica del Estado, a la política económico-financiera y a los principales sectores del Ordenamiento jurídico del país. En concreto, citaba las siguientes materias:

a) presupuestos, b) grandes operaciones de carácter económico-financiero, c) y d) régimen tributario y banca, e) sindicato, f) nacionalidad, derechos y deberes de los españoles, g) ordenación de las instituciones del Estado, h) régimen Local i) materias civil, mercantil y procesal, j) Organización judicial y Administración pública, k) ordenación agraria, mercantil e industrial y l) educación.

La Ley, por consiguiente, durante el régimen del General Franco está sólo para ciertas materias y no para todas. Determinadas materias <<deben revestir la forma de Ley>> (artículo 52 de la Ley Orgánica), bien emitida por el Jefe del Estado, en virtud de la Ley de 30 de enero de 1.938 o la de Cortes. Todo lo que no esté comprendido en las materias del artículo 10 <<será competencia del Gobierno y, por tanto, del poder reglamentario de la Administración Pública>>.

Además, ha de tenerse en cuenta que el Gobierno conocerá obligatoriamente, y no discrecionalmente, manifestándose dicho conocimiento en la forma de <<Ley o acuerdo>>, en los supuestos enumerados en el artículo 9º de la Ley Orgánica del Estado que entró en vigor el 11 de enero de 1.967 (Tratados, Guerra, Paz, Actos del artículo 12 de la Ley de Sucesión, y cuantos <<vengan determinados en otros preceptos de las Leyes Fundamentales del Reino>>, así como los enumerados en el artículo 53 de la Ley).

Por último, cabe destacar que la reserva de ley podía ampliarse: a) a través del Pleno, por decisión del Gobierno (art. 10, apartado m) de la Ley de Cortes); b) por medio de las Comisiones, por mandato de una Ley posterior; y, finalmente, por dictamen de una Comisión especial (art. 12.1º Ley de Cortes) a iniciativa del Gobierno o de la Comisión Permanente.

En definitiva en mi opinión, durante la etapa histórica previa al establecimiento de un Estado social y democrático de Derecho en 1.978, se establecerá una concentración inicial de todos los poderes normativos en el Jefe del Estado, matizada posteriormente con una participación de las Cortes en la tarea legislativa y del Consejo de Ministros en el ejercicio de la potestad reglamentaria general del Estado dictando Decretos. El Ordenamiento jurídico adopta un concepto material de ley que se concreta en el empleo de dicha fórmula de expresión normativa para regular materias de capital importancia para el Estado. La concepción de Ley expuesta, actuará en paralelo con un concepto también material de reglamento, entendido como la norma encargada de la regulación de materias secundarias sin perjuicio de su función de desarrollo de las leyes que así lo requirieran.

E.- Distintas acepciones del término Reglamento.

Partiendo de su carácter de norma elaborada por la Administración Pública, se ha ido confeccionando un amplio repertorio de definiciones de Reglamento que se diferencian fundamentalmente por el ámbito más o menos amplio que acotan dentro de los productos normativos de la Administración. En consecuencia, podemos distinguir, entre:

Un *concepto genérico* de Reglamento como todo acto normativo de carácter general emanado de instituciones distintas del Parlamento¹⁹. La definición anterior incluye actos mediante los cuales la Administración pública realiza una ordenación material de un determinado sector sin que revista formalmente el carácter de reglamento. Así, por ejemplo, podrían incluirse dentro de esta definición los acuerdos celebrados entre la Administración sanitaria y las distintas centrales sindicales que fueron considerados como disposición reglamentaria por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de marzo de 1.993 (Ponente, CONDE MARTÍN DE HIJAS)²⁰. La eficacia normativa de tales actos no proviene de la autonomía normativa consagrada en el artículo 37.1 CE sino de la potestad reglamentaria de la Administración Pública.

Paralelamente, existe un *concepto restringido* empleado por algunos autores, como A. EMBID IRUJO, que distingue dentro de la producción normativa de la Administración no considerando reglamentos los productos del ejercicio de las potestades presupuestarias y de planeamiento ni tampoco las normas que resultan del ejercicio de la potestad de autoorganización de las Entidades Publicas y que genéricamente se denominan <<Estatutos>>²¹.

¹⁹ J. ZILLER, *Le contrôle du Pouvoir Réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre 1.999, p. 635.

²⁰ P. GONZÁLEZ SALINAS, *La Negociación Colectiva en la Función Pública: el carácter reglamentario de los Acuerdos entre la Administración y los Sindicatos*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 80, octubre-diciembre, 1.993, p. 698.

²¹ A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 77.

Ha de destacarse, asimismo, una aproximación original al término fundada en una triple concepción orgánica, funcional y combinada del reglamento formulada por J. ZILLER, en el marco de unos encuentros sobre el Derecho Público en Europa²².

De acuerdo con la dimensión orgánica, representada por el Derecho francés de modo explícito y por el Reino Unido de modo tácito, el reglamento sería un acto normativo generalmente emitido por un órgano distinto al Parlamento, de carácter no judicial, lo que lo convierte necesariamente en un acto administrativo.

Para una segunda concepción, caso del Derecho de Italia o Portugal, la dimensión funcional se fija sobre la orgánica afirmando que el Gobierno tiene un poder de dictar normas que se aproxima al régimen propio de los actos administrativos en cuanto realiza una función de ejecución de las leyes.

La concepción combinada, ilustrada en particular por Alemania, parte de la producción de reglamentos por un órgano distinto del Parlamento pero afirma que constituye un poder delegado que excede de la estricta ejecución del contenido de las leyes.

F.- Examen del concepto de Reglamento.

²² J. ZILLER, *Le contrôle du Pouvoir Réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, pp. 637-638. El artículo resulta de los trabajos dirigidos al Instituto Universitario Europeo de Florencia en el campo de un seminario de derecho público comparado, por un grupo de investigadores provenientes de diversos países europeos: Axelle Reiter-Korkmaz (Bélgica), Loic Azoulay, Idsabelle Boucobza, Francois Lafarge y Emmanuelle Ryon (Francia), Sabrine Van der Velde (Países Bajos), Jaroslav Lotarski (Polonia) y Ana Fraga y Pedro Machado (Portugal).

El Reglamento, en cuanto producto del Gobierno y las Administraciones Públicas, constituye una realidad jurídica cualitativamente distinta de la Ley al tiempo que como norma también responde a un régimen jurídico claramente diferenciado del de otras actuaciones administrativas²³. Cuál sea el contenido del concepto de reglamento ha sido objeto de constante atención por la doctrina jurídica consolidándose dos concepciones de reglamento que pueden considerarse como opuestas o complementarse recíprocamente. La alternativa señalada se concreta en los conceptos formal y material del reglamento que se refieren, respectivamente, a la inserción del reglamento en el sistema de fuentes, en cuanto norma subordinada a ley, y a su relación preferente con una determina materia o contenido.

La historia del Reglamento en España muestra la preeminencia que ha tenido la acepción formal del término en cuanto norma subordinada a la Ley²⁴. En efecto, como se deduce del relato doctrinal realizado a propósito de la Constitución de 1.812, en los constituyentes de las Cortes de Cádiz, al igual que en Francia, hay un <<concepto material>> de ley (que debe realizar la regulación de las cuestiones importantes) junto a un <<concepto formal>> (norma emanada de la voluntad popular representada por el Parlamento), pero no hay unas materias reservadas a la Ley, ya que ésta puede intervenir en todo

²³ J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto administrativo*, Revista de Administración Pública, número 121, enero-abril, 1.990, p. 159.

²⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, septiembre-diciembre, 1.959, p. 131.

sin que estuviera limitada, como en los Estados alemanes del siglo XIX, a regular sólo lo que afecte a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos.

Y es justamente esta concepción de la Ley como regulación general lo que daba lugar al poder reglamentario consagrado en nuestras Constituciones que, por lo tanto, tiene un carácter formal en cuanto norma ejecutiva de la Ley. El artículo 171.1 de la Constitución doceañista facultaba al Rey a <<expedir los Decretos, Reglamentos e Instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las Leyes>>, y esta fórmula se va a repetir en todas nuestras Constituciones del siglo XIX.²⁵ La concepción del reglamento en cuanto norma de valor subordinado a la Ley predomina, en la actualidad, en los países de una evolución jurídica análoga a la de España como Italia²⁶ donde, no obstante, el criterio material mantiene su vitalidad debido a: la ausencia casi total de una disciplina constitucional en la materia; el carácter multipolar y multimorfo de la Administración pública y, finalmente, el carácter imperativo de los actos administrativos, destinados a imponerse a pesar de su posible ilegalidad.

²⁵ A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en España*, Revista de Administración Pública, número 57, septiembre-diciembre, 1.968, p. 95.

²⁶ A. ROMANO-TASSONE, *Las Fuentes del Derecho Administrativo*, Documentación Administrativa, números 248-249, mayo-diciembre, 1.997, pp. 145-146 y 165. El citado autor expone que “la individualización de los actos-fuentes ha sido afrontada en Italia durante mucho tiempo exaltando los caracteres materiales. Sin embargo, últimamente ha ganado importancia una concepción formal de los actos normativos que se ha afirmado ya en sus principales modalidades (ley constitucional y ley ordinaria), mientras que todavía lo intenta, sostenida por las recientes reformas, en el ámbito de la normativa denominada secundaria”.

En España, la concepción formal del Reglamento constituye el fundamento de las definiciones doctrinales formuladas por los autores más destacados. Vale como muestra la del Profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA respecto de la que ha de destacarse que dicho autor afirma la exigencia de subordinación de la norma reglamentaria no sólo a la Ley sino también al Ordenamiento jurídico en su conjunto encabezado por la Constitución y los Principios Generales del Derecho que de él se deducen²⁷. Así declara que el Reglamento es algo sustancialmente distinto de la Ley, y no sólo por motivo de su inferioridad jerárquica, sino, y sobre todo por razón de su distinta fuente de legitimidad. El Reglamento, por lo tanto, no es una <<Ley en sentido material>>, según la teoría montada por los juristas de las Monarquías germánicas del siglo XIX, que aplicaban a esta figura normativa toda la teoría de la Ley²⁸. Por el contrario, la Ley, señala el citado autor, es una emanación del más alto poder de la comunidad, es en rigor una disposición de la propia comunidad dictada a través de los órganos representativos para actuar sobre sí misma, es el fruto de un auténtico poder soberano. Por el contrario, el Reglamento es un producto de la voluntad administrativa, es por eso un *acte de puissance subalterne*, un acto de un ente singular que es la Administración, que no sólo no es la comunidad sino que está en disposición esencialmente servicial de la comunidad misma, sometida a la necesidad de una constante justificación, y por ello es completamente obvio que no es titular del poder

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la Arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria*, Revista de Administración Pública, septiembre-diciembre, 1.959, p. 131 y p. 153. El autor cita en la definición a R. CARRÉ DE MARLBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Paris, 1.920, p. 578.

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 179.

soberano. El Reglamento, en definitiva, es una norma, no sólo formal sino materialmente subordinada.

F. GARRIDO FALLA, por su parte, acoge igualmente la concepción formal para perfilar el concepto de Reglamento al afirmar que entendemos por tal toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinado a la Ley. Así como las disposiciones del Poder Ejecutivo con fuerza de ley tienen carácter excepcional y suponen una verdadera sustitución del Poder Legislativo ordinario, en cambio, los Reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el Ordenamiento jurídico concede a la Administración²⁹.

G.- Definición legal de Reglamento.

El derecho positivo español consagra de forma nítida y solemne la distinción entre los actos administrativos y los reglamentos o disposiciones generales, respecto de los que alude como instrumento normativo³⁰. Tal diferenciación puede apreciarse, en la actualidad, de forma clara en los siguientes preceptos legales:

²⁹ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 270.

³⁰ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Actos Administrativos Generales y Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 227. El citado autor seguía en su exposición fundamentalmente a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, Revista de Administración Pública, número 29, 1.959, p. 161 y ss., y señalaba como preceptos que expresaban la diferenciación de ambos conceptos, los siguientes: a) art. 47 L.P.A; b) arts. 1, 28, 41 y 84 L.J.C.A. y c) arts. 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30 y disp. final 3ª L.R.J.A.E.

a) El artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1.992 de 26 de noviembre.

b) Los artículos 25 a 27 y 123 a 126 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio.

c) Los artículos 23, 24 y 25 de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre.

La diferenciación señalada se aprecia de forma nítida en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que establece que “los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan de los límites de la delegación”.

Cuáles sean estas disposiciones generales de rango inferior a la Ley es algo que viene estrictamente determinado por la legislación ya sea estatal o autonómica. En el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre dispone que los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:

1º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.

2º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial.

Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho positivo, el concepto de reglamento, en la práctica sustituido por el de disposición general, se encuentra perfectamente perfilado atribuyéndosele un régimen jurídico de vigencia y control específico.

Finalmente, antes de acabar el presente apartado, merece la pena destacar las consecuencias de carácter práctico que se derivan de la consideración legal del reglamento como fuente del Derecho, en cuanto norma emanada del Gobierno o la Administración con valor subordinado a Ley. Pues bien, en este sentido podemos afirmar que:

a) Las normas reglamentarias se imponen al Gobierno y a la propia Administración autora en su actuación integrándose en el bloque de legalidad, lo cual se ve fundamentado por el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución.

b) Las normas derivadas de los actos-fuentes se presumen conocidas por los ciudadanos siendo de obligado cumplimiento³¹.

³¹ A. ROMANO-TASSONE, *Las fuentes del Derecho Administrativo*, Documentación Administrativa, números 248-249, mayo-diciembre, 1.997, pp. 145-146.

c) Los actos que constituyen fuentes del Derecho, como los reglamentos (v.gr. los aprobados por Real Decreto), no pueden ser ignorados por los Jueces en virtud del principio *iura novit curia* cuya relevancia se ha acrecentado tras la aprobación de la Constitución española de 1.978 con el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos en el artículo 24, en la medida en que acentúa la exigencia de cumplimiento del régimen jurídico aplicable al caso.

Por consiguiente, la disposición general en el régimen jurídico vigente se configura como producto normativo del Gobierno o la Administración con valor subordinado a la Ley lo que determina la configuración de un régimen de control permanente de la validez de la norma reglamentaria.

H.- El concepto de Real Decreto reglamentario.

Después del recorrido doctrinal realizado en torno a la figura del reglamento, considero necesario determinar qué se entiende por Real Decreto reglamentario, cuyo régimen jurídico y control jurisdiccional constituye precisamente el objeto de la presente tesis doctoral. Para ello, he de analizar, en primer lugar, el concepto de Real Decreto, del que la figura citada constituye únicamente una modalidad específica.

Pues bien, por Real Decreto ha de entenderse, como se deduce del artículo 25.b) y c) de la Ley del Gobierno, una forma jurídica en virtud de la cual el Presidente del Gobierno o el Consejo de Ministros aprueban los actos y disposiciones generales que son de su competencia. Constituye, por lo tanto, el

principal vehículo formal establecido por la Constitución (artículo 62.f) y 97 CE) y la Ley para que el Gobierno pueda ejercer su labor de dirección de la política interior y exterior, de la Administración civil y militar y la defensa del Estado, al margen de los que emplea para colaborar en el ejercicio de la función legislativa (v.gr. Proyectos de Ley, Decretos-Leyes, Decretos legislativos). Ha de señalarse, no obstante, que el Consejo de Ministros puede igualmente dictar Acuerdos en el supuesto de decisiones del órgano colegiado del Gobierno que no hayan de adoptar la forma de Real Decreto.

Los Reales Decretos, una vez aprobados en las reuniones del Consejo de Ministros, son elevados a S.M. el Rey para que los expida en su nombre, sancionándolos con su firma (art. 62.f) CE)³², requisito sin el cual no adquieren validez jurídica. La sanción del Rey tiene como misión promulgar y dar validez jurídica al acuerdo adoptado mediante Real Decreto en cuanto expresión de la unidad del Estado (art. 56.1 CE)³³. El contenido de los Reales Decretos se refiere a decisiones de interés general para toda la Nación y que, por consiguiente, se integran en el Ordenamiento jurídico regulando temas de competencia propia del Estado.

El contenido de los Reales Decretos, sin embargo, puede estar constituido tanto por actos singulares del Gobierno (por ejemplo, la resolución

³² F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 272, expone como durante el periodo de la monarquía constitucional española, la potestad reglamentaria se ejercía en nombre del Rey, por lo que las Ordenes ministeriales eran formalmente Reales Ordenes. La nueva etapa monárquica iniciada con la designación del Rey Don Juan Carlos I no ha supuesto una vuelta a la práctica de las Reales Ordenes; los decretos, en cambio, son Reales Decretos en congruencia con el artículo 62.f) de la Constitución.

³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 190 y 191.

que aprueba una emisión de deuda pública o el acto de nombramiento de un cargo publico) como por disposiciones generales (v.gr., el reglamento de ejecución de la Ley 4/2.000 de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Y es este último caso, exclusivamente, el que constituye el supuesto de hecho propio de los <<Reales Decretos reglamentarios>>. En consecuencia, debe excluirse del objeto del presente estudio aquellos Reales Decretos que tiene naturaleza de acto singular y que por consiguiente no se integran como norma en el Ordenamiento jurídico sino que se agotan en su cumplimiento. Por el contrario, el concepto de <<Real Decreto reglamentario>> queda reservado a las normas jurídicas aprobadas en sesión del Consejo de Ministros mediante el empleo de la forma jurídica de Real Decreto.

I.- El concepto de Reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Reales Decretos reglamentarios.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, al resolver sobre disposiciones generales aprobadas mediante Real Decreto, consagra un concepto de Reglamento en plena concordancia con las declaraciones legales citadas y con la doctrina más acreditada. Por consiguiente, el Reglamento se define de conformidad con la concepción formal antes enunciada en la medida en que se le considera como norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, v.gr., Sentencias de 11 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.369), F.J. 1; 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236), F.J. 1; y 14 de octubre de 1.996 (Ar.

8.651), F.J. 1. Dichas Sentencias añaden, además, inmediatamente, como característica propia del Reglamento, la de su valor subordinado a la Ley a la que completa.

La formulación jurisprudencial coincide, pues, con la ya citada concepción formal del Reglamento en la medida en que la ausencia de reserva reglamentaria existente en nuestro Ordenamiento jurídico impide atribuirle cualquier contenido material que no sea el derivado de su obligada conformidad con el resto del Ordenamiento jurídico y de modo inmediato con la Ley, extremo éste que ha sido recogido en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que acaban de citarse. En concreto, la Sentencia de 14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.651. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) expone [F.J. 1º]:

“El reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley a la que completa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley, los reglamentos.”

El Reglamento, debido a la ausencia de una reserva reglamentaria, sólo puede definirse como norma emanada del Gobierno o la Administración con carácter secundario y subordinado de la Ley a la que completa y, en virtud de la cual, participa en la regulación de un determinado sector del Ordenamiento

jurídico. El Reglamento se integra en el bloque de legalidad completando el Ordenamiento jurídico vigente.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO.

A.- Posiciones más destacadas de la doctrina científica.

El Reglamento según la clásica formulación del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA³⁴ tiene de común con la Ley el ser una norma escrita, pero difiere de la misma en todo lo demás. Además, el citado Profesor entiende que de este rasgo común pocos caracteres de identidad pueden derivarse. Por el contrario, afirma que la nota que propiamente define la naturaleza jurídica del Reglamento es la de ser una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración. Como producto administrativo, el Reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el Juez y sometida al juicio constante de legalidad de sus destinatarios. La sumisión del Reglamento a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en aquellos ámbitos en que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales ni contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido.

³⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 180.

La diferenciación señalada entre ambas categorías de normas tiene su apoyo inmediato en la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la Sentencia 35/1.982 de 14 de junio conforme a la cual <<la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución), y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y, salvo contadas excepciones, sólo puede actuar cuando el primero lo habilita>>.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que existan, en determinados supuestos, reglamentos independientes del Gobierno, esto es, dictados sin habilitación legal previa siempre que no impliquen la definición abstracta de deberes y obligaciones de los particulares. El citado autor entiende, sin embargo, que sólo caben cuando tienen un carácter puramente organizativo en virtud de una facultad de autodisposición que la Administración ejerce sobre sí misma, para mejor cumplir los fines que la Constitución le encomienda (artículo 103.1 CE)³⁵.

El profesor F. GARRIDO FALLA, parte igualmente de la consideración del Reglamento como producto de la Administración Pública para analizarlo dentro del concepto genérico de acto administrativo³⁶. En este sentido, pone de manifiesto la posibilidad de que el acto administrativo tenga por contenido

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Cívitas, 11ª edición, Madrid, 2.002, p. 214.

³⁶ En este mismo sentido cabe citar a J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto Administrativo*, Revista de Administración Pública, nº 121, enero-abril, 1.990, p. 159 (artículo también incluido en el libro de Estudios en honor del Profesor F. GARRIDO FALLA). Señala dicho autor que el reglamento, en cuanto producto de las Administraciones Públicas, constituye una realidad cualitativamente distinta de la Ley, al tiempo que como norma también responde en el ordenamiento jurídico a un régimen claramente diferenciado de otras actuaciones administrativas.

declaraciones dirigidas abstractamente a una pluralidad de sujetos que se integran como norma en el sistema de fuentes del Derecho y no necesariamente declaraciones particulares dirigidas a sujeto o sujetos determinados. El mencionado profesor participa en suma de la teoría, plenamente consolidada en la doctrina francesa del reglamento como acto general normativo con valor subordinado a la Ley y como tal recurrible ante el Juez de lo contencioso.

La construcción del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos en Francia tiene precisamente su origen histórico en la consideración del reglamento como acto jurídico de carácter general. En efecto, inicialmente el Consejo de Estado francés se declaraba incompetente para conocer de recursos contra los reglamentos de la Administración Pública habida cuenta del carácter legislativo de éstos en virtud de la teoría de la delegación de poderes legislativos al Ejecutivo. La jurisprudencia, sin embargo, llegó con el tiempo a la admisión de la impugnación de la norma reglamentaria como consecuencia de la consideración de las disposiciones generales como actos administrativos puros y simples dictados en virtud de poderes propios de la Administración pública. Ello permitía al afectado acudir al recurso por exceso de poder o bien alegar la ilegalidad del reglamento durante un proceso en el que se invocara su aplicación.

El referido autor defiende asimismo la posibilidad de que existan reglamentos independientes del Gobierno partiendo de la atribución permanente al Ejecutivo de un poder para dictar reglamentos que se contiene en el Título IV de la Constitución. En consecuencia, podrá elaborar

disposiciones sin necesidad de expresa habilitación legislativa, aunque, claro está, respetando los límites propios de la potestad reglamentaria³⁷.

Tras la exposición realizada en torno a la naturaleza jurídica de la norma reglamentaria, quien suscribe estas líneas defiende, como no podía ser de otro modo, la consideración del Reglamento como norma subordinada a la Ley y al Derecho. Ello no obstante, estimo que el Gobierno puede dictar reglamentos independientes en el ejercicio de la genérica potestad reglamentaria otorgada por la Constitución en aquellos ámbitos no reservados a la ley material o formalmente lo que resulta plenamente conforme con su sumisión al Ordenamiento jurídico en su conjunto.

B.- Doctrina jurisprudencial expresada a propósito del control de los Reales Decretos.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo relativa al control de los Reales Decretos coincide plenamente con las conclusiones doctrinales expuestas al caracterizar al reglamento como norma jurídica de colaboración con valor subordinado a la Ley que completa. En este sentido, pueden citarse las Sentencias de la Sección 3ª de 14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.651), F.J. 1; y 5 de diciembre de 1.996 (Ar. 9.256), F.J. 1. El Reglamento es pues una norma jurídica limitada mientras que la Ley goza de un poder potencialmente ilimitado dentro de la Constitución.

³⁷ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 272.

A este respecto cabe señalar que, como indica J.M. BOQUERA OLIVER, las leyes gozan de <<presunción de constitucionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1.981, recurso de inconstitucionalidad núm. 30/81) mientras que los reglamentos de <<la presunción de constitucionalidad y legalidad>>³⁸. La presunción de constitucionalidad expresa la exigencia y presunción *iuris tantum* de conformidad con la Constitución mientras que la presunción de legalidad la de conformidad con la Constitución, las leyes, las costumbre y los principios generales del Derecho. Y la diferenciación expuesta viene a poner de manifiesto la menor limitación a que está sometido el Poder Legislativo en la elaboración de la Ley.

3.- DISTINCIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LOS ACTOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- La naturaleza jurídica del reglamento y del acto administrativo.

La definición de Real Decreto reglamentario me ha llevado ya a deslindar dicho concepto de otras figuras afines como son los actos aprobados mediante Real Decreto o bien mediante Acuerdo del Consejo de Ministros. Pues bien, la existencia de una variedad de figuras jurídicas en las que se concretan las decisiones del máximo órgano colegiado del Gobierno plantea claramente la necesidad de deslindar, en la medida de lo posible, los conceptos de reglamento y de acto administrativo pues tal diferenciación subyace en el

³⁸ J.M BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, p. 31.

fondo de la distinción entre los <<Reales Decretos reglamentarios>> y las otras dos modalidades citadas de decisiones del Gobierno en pleno.

Sobre el problema de la distinción entre reglamento y acto administrativo, siempre de permanente actualidad, llegó a señalar J.M. DESANTES GUANTER con motivo de la publicación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958 que <<no es asunto exactamente definido ni en nuestras Leyes ni en nuestra doctrina>>³⁹. Desde entonces fueron numerosas las opiniones de la doctrina científica, a las que sirvió de pretexto de estudio:

1) La publicación del Decreto de 28 de marzo de 1.957 que aprobaba la reforma del Boletín Oficial del Estado cuyo artículo 6 estableció una separación sistemática entre “disposiciones generales” y “resoluciones administrativas”.

2) La promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957 (arts. 23 y ss.) donde se aludía a <<disposiciones administrativas de carácter general>> y que había trascendido a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1.956 (arts. 28.1.b); 39.1 y 3; 51.1 y 53.d).

En torno al problema de la distinción entre acto y reglamento se configuraron en España dos teorías doctrinales, principalmente sustentadas

³⁹ J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de disposiciones generales en la LPA*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, p. 43.

por E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁰ y por F. GARRIDO FALLA⁴¹ que se asientan, respectivamente, en la noción de reglamento como categoría jurídica independiente y en la de acto administrativo.

Pues bien, dentro de la primera doctrina, J. GONZÁLEZ PÉREZ afirma que la distinción entre reglamento y acto administrativo ha de partir, forzosamente, de la diferenciación entre la función legislativa o normativa y la administrativa, abstracción hecha del órgano del Estado al que esté encomendada. Entiende que no se da la correlación entre el concepto subjetivo y formal de la Administración pública, pues existen actos de los órganos de la Administración pública que, materialmente, no son actos administrativos, ni están sometidos al régimen jurídico de los actos de esta naturaleza.

Señala que, de otro lado, la concepción subjetiva da por supuesto un concepto subjetivo de Administración pública, cuando es lo cierto que el problema no es tan simple como a primera vista pudiera parecer, a no ser que se considere por Administración pública, el conjunto de órganos del Estado que no son legislativos ni están encuadrados en el todavía llamado <<Poder Judicial>>, y aun en este caso, al menos en nuestro Derecho, se observa que no es posible tan neta diferenciación. Frente a los sistemas en los que el paso de la política a la jurisdicción y Administración es directo, en un verdadero Estado de Derecho entre la política y la Administración y la jurisdicción está el Ordenamiento jurídico.

⁴⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso Contencioso Directo contra Disposiciones Reglamentarias y Recurso Previo de Reposición*, Revista de Administración Pública, número 29, mayo-agosto, 1.959. En el citado artículo el autor hace una exposición de su teoría a partir de la crítica a la del Profesor F. GARRIDO FALLA. En esta posición destaca también J. GÓNZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento para elaborar Disposiciones de Carácter General*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 17.

⁴¹ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, Madrid, 1.958, pp. 389-390, 490-492. No obstante, el citado autor había publicado ya con anterioridad, *La Impugnación de Resoluciones Administrativas de Carácter General y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, número 6, septiembre-diciembre, 1.951, p. 225 y ss.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴² expone que el reglamento constituye una institución jurídica distinta del acto administrativo y de la Ley a la que no le es aplicable, por consiguiente, toda la teoría de los actos administrativos, del mismo modo que no le es aplicable la teoría de la Ley.

La distinción más obvia entre el reglamento y el acto es la que atiende al *criterio ordinamentalista*. Aquél forma parte del Ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo <<ordenado>>, producido en el seno del Ordenamiento, y por éste previsto como simple aplicación al mismo (v.gr., convocatoria de oposiciones, informaciones públicas, <<órdenes generales>> como la que da el Alcalde el día de nevada para limpiar las aceras de nieve). El carácter ordenado del acto puede expresarse en un dato externo, el de que su cumplimiento es <<consuntivo>>, agota el acto, en tanto que el cumplimiento de la norma no sólo no agota o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma.

El reglamento innova el Ordenamiento (v.gr., deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones y actos hasta ese momento no previstos). En el caso de los reglamentos, a diferencia de las leyes, no caben derogaciones singulares sino que, por el contrario, están formalmente prohibidas.

⁴² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso Contencioso Directo contra Disposiciones Reglamentarias y Recurso Previo de Reposición*, Revista de Administración Pública, número 29, mayo-agosto, 1.959, p. 164 y ss. Igualmente, en la obra del citado autor, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 185 a 187. Ha de señalarse, por otra parte, que las opiniones jurisprudenciales coincidentes con dicha teoría resultan difíciles de diferenciar al identificarse con la formulación del concepto mismo de reglamento como norma jurídica subordinada a la Ley.

En materia organizativa, E. GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que sí son posibles los reglamentos singulares, pero ello siempre que la singularización no implique atentar contra una regulación general previa contenida en una Ley, la cual no podrá ser desarrollada con una discriminación de supuestos que vulneraría a la vez el principio constitucional de igualdad ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y el interpretativo de no distinguir donde la Ley no lo hace. Así por ejemplo, cita las normas organizativas que se refieren a un Ministerio concreto, o a una Dirección o Subdirección General específicamente designadas. Los reglamentos singulares organizativos son reglamentos y no actos, no obstante su singularidad de contenido, porque la organización forma parte siempre del ordenamiento como tal con lo que se cumple el criterio antes expuesto.

Considera asimismo que, en el caso de los reglamentos normativos externos, que afectan a los ciudadanos como tales, tampoco podría reconocerse al reglamento un poder regulador para ciudadanos singulares, en tanto que tal posibilidad sí cae dentro de las potencialidades de la Ley. El fundamento de esta limitación se encuentra en el carácter del reglamento como complementario de la Ley, en tanto que ésta es originaria y soberana, complementariedad que impone confiar como principio ese tipo de normas *extra ordinem* a las propias leyes disponiendo por sí mismas o por medio de delegaciones a favor del reglamento.

Finalmente, resalta que la distinción entre las dos instituciones jurídicas no es meramente teórica sino que tiene una importancia práctica de primer

orden. A este respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴³ destaca entre los principales rasgos jurídicos diferenciadores del reglamento frente al acto administrativo los siguientes:

a) La potestad reglamentaria no corresponde más que a aquellos órganos a quienes específicamente se la atribuye el Ordenamiento; en cambio, el poder de dictar actos es una cualidad general de todo órgano de la Administración, su modo normal de expresarse.

b) El reglamento y el acto tienen cauces procesales diferentes de impugnación contencioso-administrativa.

c) La contradicción de un acto con un reglamento será siempre determinante de su ilegalidad, en tanto que la contradicción con otro acto anterior puede no serlo (y cita, a este respecto, la Sentencia de 15 de septiembre de 1.995).

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁴⁴, por su parte, señalaba siguiendo al citado autor, a modo de ilustración, como principales efectos jurídicos de la diferenciación entre acto y reglamento, los siguientes [expuestos en estas líneas conforme a la legislación vigente]:

a) La Administración puede derogar en cualquier momento las disposiciones generales (de acuerdo con el art. 2 Código Civil) mientras que

⁴³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, p. 188.

⁴⁴ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Actos Administrativos Generales y Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, pp. 226 a 249.

no puede revisar de oficio sus propios actos declarativos de derechos más que cuando incurran en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJAPYAC, previo dictamen del Consejo de Estado.

b) Las disposiciones administrativas ilegales son nulas de pleno derecho (artículo 62.2 LRJAPYAC) mientras que en los actos administrativos ilegales la regla general es la anulabilidad (artículo 63.1 de la LRJAPYAC).

Asimismo, el citado profesor destacaba, dentro del problema de fondo de la distinción entre ambos conceptos detectado por THOMA, los estudios realizados por D. WOLKMAR⁴⁵, quien había dedicado su tesis doctoral al tema <<norma jurídica general y acto singular>>. En dicho trabajo de investigación, ya desde el principio reconoce la dificultad que se ofrece con frecuencia en el campo de la dogmática jurídica para poder separar tajantemente dos conceptos jurídicos que están muy próximos. Por eso enuncia su intención de buscar un *Optimum an Praktikabilität*, esto es, un óptimo de eficacia práctica que pueda servir como regla para la mayoría de los casos. Con dicha intención examina dos aspectos fundamentales:

- 1.- El supuesto de hecho contemplado (abstracto/concreto)
- 2.- Los destinatarios (general/especial).

Pues bien, combinando las cuatro variables señaladas, se producen cuatro posibles actuaciones administrativas:

⁴⁵ D. VOLKMAR, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*, Berlin, 1.961, p. 176 y ss., discípulo de H.J. WOLFF, y citado por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Actos Administrativos Generales y Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 247.

1) <<*Abstracta-general*>> que declara siempre con carácter reglamentario siguiendo a S. ROMANO quien ya señaló como caracteres propios del reglamento la *astratezza* y la *generalità* en sus *Principii di diritto amministrativo*.

2) <<*Abstracta-especial*>> y 3) <<*concreta-general*>>, supuestos ambos respecto de los que entiende que no es posible llegar a una solución técnica de carácter general.

4) Y, por último, <<*concreta-especial*>>, supuesto que estima constituye siempre un acto administrativo.

Termina L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER concluyendo que dada la falta de un criterio determinante de distinción entre acto y reglamento continúa siendo válido el criterio externo, posicional, relativo al carácter ordinamentalista del reglamento, siendo la prueba de la no consunción su signo más significativo.

La segunda de las teorías, como ya he señalado, es la sostenida por F. GARRIDO FALLA⁴⁶ quien parte del concepto de acto administrativo que puede ser definido, de acuerdo con G. ZANOBINI, como <<cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa>>, dentro del cual incluye a las declaraciones realizadas en el ejercicio de la potestad administrativa reglamentaria, esto es, los reglamentos.

⁴⁶ Pueden incluirse también dentro de esta posición doctrinal tanto a GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo I*, 8ª, Madrid, 1.962, pp. 279 y 280, como a FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1.929, p. 111, citados por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Actos administrativos generales y reglamentos*, *Revista de Administración Pública*, número 40, enero-abril, 1.963, p. 227. Por otra parte, la STS, Sala 3ª, Sección 2ª de 10 de marzo del 2.001 (Ar. 6.697), F.J. 5, se hace eco de esta posición científica al considerar aplicable la doctrina jurisprudencial existente sobre la motivación de los actos administrativos a un Real Decreto reglamentario.

Afirma que, no obstante lo extendida que está la opinión de considerar el acto administrativo una <<declaración concreta>>, hay que reconocer la importancia de un sector doctrinal que distingue dos categorías de actos administrativos, los generales (reglamentos y ordenanzas) y los concretos o especiales. Así, para RANELLETI, el acto es general cuando <<la declaración que lo constituye mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables>>. Y es especial si tal declaración <<mira a una o más personas o casos individualmente determinados o determinables>>. La misma posibilidad de actos administrativos generales se descubre en WALINE cuando define el reglamento, por oposición a los <<actos administrativos individuales>>, como <<un acto administrativo que sienta una regla general aplicable a toda una categoría de ciudadanos sin consideración de personas>>⁴⁷.

La <<escuela francesa del servicio público>>⁴⁸, por su parte, distinguía entre el acto-regla, el acto subjetivo y el acto condición, añadiendo G. JÈZE, posteriormente, la categoría de acto jurisdiccional. Entiende que el acto-regla es el que crea situaciones jurídicas impersonales y de carácter general; el acto-subjetivo, el que hace nacer una situación jurídica que afecta concretamente a persona o personas determinadas, y el acto-condición, el que viene a investir a un individuo en concreto de las circunstancias de un status que, con carácter general, ha sido previamente establecido por un acto-regla.

⁴⁷ RANELLETI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed., Milano, 1.945, p. 2.; WALINE, *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, 4ª edición, 1.946, p. 36, citados por F. GARRIDO FALLA, *La impugnación de Resoluciones Administrativas de Carácter general y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, septiembre-diciembre, 1.951, p. 224.

⁴⁸ BONNARD, *Précis de Droit administratif*, 1.935, p. 35 y ss.; G. JÈZE, *Los principios generales del Derecho administrativo, t. I*, Buenos Aires, 1.948, p. 29 y ss.; DUEZ y DEBYERE, *Traité de Droit administratif*, 1.952, p. 148 y ss., citados por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 558.

En consecuencia, engloba el reglamento dentro del concepto genérico de acto administrativo. Destaca en cuanto a la referida conclusión que al Derecho Administrativo únicamente le interesa aquel concepto de acto administrativo que abarque dentro de sí una categoría de actos estatales sometidos a un mismo régimen jurídico, ya que como dice KORMANN, un concepto jurídico sólo tiene valor y, por consiguiente, significación práctica, si todos los fenómenos que en él se comprenden están subordinados, sin menoscabo de su peculiaridad, a determinadas proposiciones jurídicas generales.

En concreto, afirma que el régimen jurídico administrativo creado por el Estado de Derecho consagra el principio de la sumisión de la Administración a la Ley, tanto por vía general como por vía especial⁴⁹. Y, como consecuencia de lo anterior, todos los actos de la Administración pública están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, precisa que debe reseñarse la peculiaridad del régimen jurídico de los actos administrativos generales, y de aquí justamente la relevancia de la clasificación. Pues: 1º Se trata de actos productores de normas jurídicas objetivas, por lo que su estudio se incluye en la teoría general de las

⁴⁹ Vid a este respecto M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, 11ª ed., 1.927, p. 462, citado por F. GARRIDO FALLA, *La impugnación de Resoluciones Administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, número 6, septiembre-diciembre, 1.951, p. 225.

fuentes del Derecho, y 2º la impugnación contencioso-administrativa de estos actos está regulada en nuestro Derecho administrativo con cierta especialidad.

Interesa, asimismo, destacar aquí la postura de J.S. PINIELLA SORLI⁵⁰, quien realiza una clara exposición de los caracteres del régimen jurídico de los <<reglamentos>> que los diferencian de los <<actos administrativos>>, incluyendo dentro de los mismos: 1) que la potestad reglamentaria reside en determinados órganos, 2) la posibilidad permanente de su derogación; 3) que la ilegalidad de un reglamento implica en todo caso la nulidad de pleno derecho y, 4) la especialidad de su impugnación jurisdiccional. Y a continuación, afirma que ello no autoriza a negar al reglamento su condición de acto administrativo, ya que éste es el que emana legítimamente de la Administración y, evidentemente, el reglamento cumple con este requisito, lo que ocurre es que el reglamento es un acto administrativo revestido de especiales características, materiales y formales, con vocación de permanencia e innovador del Ordenamiento jurídico, con lo que se erige en fuente del Derecho con subordinación a la ley, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa consagrado en la C.E. (art. 9.3).

La doctrina sostenida por F. GARRIDO FALLA, es la sustentada en la actualidad por la doctrina francesa mayoritaria. En efecto, J. ZILLER⁵¹ señala en este sentido que para un jurista francés todas las decisiones de la rama ejecutiva de los poderes públicos, tengan un carácter individual o reglamentario, proceden de un mismo régimen de derecho administrativo en el cual la distinción entre actos individuales y reglamentarios no es fundamental.

⁵⁰ J.S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y bloque de legalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, p. 142.

⁵¹ J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, pp. 635 y 636.

El régimen jurídico de control de las decisiones administrativas se aplica igualmente al control del poder reglamentario.

En el resto de los seis Estados miembros, fundadores de las Comunidades Europeas en 1.957, la situación es muy diversa. A este respecto, indica J. ZILLER que en 1.971 la Comisión de las Comunidades Europeas realizó un estudio comparativo del control de las decisiones administrativas⁵², en el campo de los trabajos concernientes al funcionamiento del Mercado Común que estaba entrando en su fase definitiva. Pues bien, en su informe de síntesis, J.M. AUBY y M. FROMONT se interrogan sobre el límite del control de los actos administrativos haciendo constar “las diferencias notables (que) separan en dicho asunto a los países estudiados (los seis Estados fundadores de las Comunidades Europeas). En algunos de estos Estados, los reglamentos administrativos son considerados como actos administrativos con el mismo título que los actos particulares: ellos están desde ese momento, al menos en principio, sometidos a los mismos recursos que éstos últimos. En otros Estados, al contrario, se aplican soluciones más restrictivas, apartando en todo o por lo menos limitando el control jurisdiccional de los reglamentos.”

Finaliza el mencionado Profesor destacando que el Derecho alemán, por ejemplo, contiene una concepción restrictiva del acto administrativo que se limita esencialmente a los actos individuales de la Administración. Ahora

⁵² *Les Recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la CEE*, Bruselas. Comisión de las Comunidades Europeas, serie de Estudios nº 12, 1.971, p. 19; y J. M. AUBY y M. FROMONT, *Les Recours juridictionnels contre les actes administratifs dans le droit des États membres de la CEE. Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas*, Dalloz, 1.971. Citados por J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, pp. 635 y 636.

bien, si el control jurisdiccional del acto administrativo es más amplio en Alemania que en Francia –y puede ser más eficaz para el administrado- la protección contra un ejercicio ilegal del poder reglamentario allí pasa por otras vías, de una accesibilidad reducida con respecto a los recursos por exceso de poder en Francia.

Una postura intermedia entre la representada, respectivamente, por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y F. GARRIDO FALLA es la mantenida por autores como R. GÓMEZ-FERRER MORANT⁵³. Dicha posición doctrinal considera al reglamento como <<acto jurídico de la Administración>> que constituye una categoría administrativa distinta de la del acto administrativo. La citada posición se apoya en la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo que, entre otras, en su Sentencia de 17 de enero de 1.977 (Ar. 148), considerando 4º, afirma que <<...cuando la administración participa del poder legislativo, cuando dicta disposiciones de carácter general, cuando dicta reglamentos, en el fondo está realizando actos administrativos, pero ello no permite confundir el acto administrativo <<strictu sensu>> con la potestad reglamentaria>>.

Y esta última posición tiene su reflejo en la doctrina jurisprudencial analizada en la presente investigación. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en las Sentencias estudiadas en relación con el control de Reales Decretos reglamentarios parte de la consideración de los mismos como <<actos ordinamentales>> que crean derechos mientras que los actos administrativos se limitan a aplicarlos por fuerza de los respectivos

⁵³ R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, p. 390.

regímenes de aplicación que difieren en uno y otro caso. A este respecto, puede citarse la Sentencia de 15 de octubre de 1.997 (Ar. 7.457. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS) que en su F.J. 2º declara:

“En la polémica doctrinal entre el Reglamento y el acto administrativo, la moderna doctrina de Derecho Administrativo pone de manifiesto que el Reglamento es un acto ordinamental que crea derecho y el acto se limita a aplicarlos, en la medida que son actos ordenados por fuerza de los regímenes respectivos de aplicación, que difieren, en uno y otro caso, frente a sectores doctrinales que entienden que el acto-regla de la Administración o Reglamento administrativo ha de incluirse en el concepto genérico de acto administrativo, siendo así que toda disposición general es un acto jurídico de la Administración que está constituido por diversos elementos, como son la competencia, el procedimiento, el fin, el contenido, y la forma y dicha disposición vulneraría la Ley cuando omitiese algunos de sus elementos esenciales, al dictarse las disposiciones generales, que han de ajustarse al texto normativo.”

La Sentencia citada pone el acento de la distinción entre reglamento y acto administrativo en la existencia de diferentes regímenes jurídicos de aplicación para uno y otro, pero al mismo tiempo, califica al reglamento de acto ordinamental en cuanto producto de la Administración Pública.

De la exposición realizada sobre las posturas mantenidas por la doctrina española sobre la distinción entre reglamento y acto administrativo, entiendo que ha de extraerse la conclusión de que las mismas se diferencian sustancialmente en su punto de partida, esto es, en la configuración del concepto de reglamento dentro de la disciplina del Derecho Administrativo.

En efecto, para el profesor E. GARCÍA DE ENTERRIA la norma reglamentaria constituye una categoría jurídica independiente y ello porque no sería correcto explicar el reglamento como un simple acto administrativo general y hacer aplicación al mismo de toda la teoría de los actos. El reglamento no es ni una Ley material ni un acto administrativo general; es sin duda un *quid aliud* frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas. Para F. GARRIDO FALLA, por el contrario, aun reconociendo las diferencias del régimen jurídico de la norma reglamentaria respecto del acto administrativo singular en atención a su condición de norma integrada en el sistema de fuentes del Derecho, toda declaración de la Administración pública dictada en el ejercicio de potestades administrativas constituye un acto administrativo sometido a la Ley y a la jurisdicción contencioso-administrativa por lo que debe ser incluido en una misma categoría jurídica. La tercera y última de las posiciones analizadas, por su parte, pretende una construcción armónica del Derecho Administrativo teniendo en cuenta ambos planteamientos de modo que aun considerando que el acto y el reglamento son conceptos jurídicos diferenciados incluye ambos en la categoría jurídica común de <<acto jurídico de la Administración>>.

Por último, he de concluir este apartado realizando una pequeña reflexión respecto de la nota esencial del reglamento y, en consecuencia, del Real Decreto reglamentario. Partiendo del análisis de D. VOLKMAR, que distingue dos variables fundamentales (el supuesto de hecho contemplado y los destinatarios), entiendo que la misma no reside en el número de sus destinatarios sino en la posibilidad de concreción de los mismos, esto es, en el modo de regulación del supuesto de hecho de la norma que se realiza de modo abstracto (rasgo ya destacado por WALINE y RANELLETI en sus respectivas

definiciones). El reglamento se define pues como una norma, esto es como una regla de Derecho y como tal abstracta (se define un supuesto de hecho idealmente). Y, lo anterior, resulta independiente del número de sujetos a los que se aplique. De ahí que puedan existir reglamentos individuales, como ocurre, v.gr., con el reglamento que regula las funciones de un órgano unipersonal aunque el número de funcionarios que lo ocupen durante su existencia sea indefinido. Ello no obstante, ciertamente lo usual será que el reglamento tenga una eficacia <<*general*>> entendiendo este término en el sentido de que la norma esté destinada a ser cumplida a la vez por una pluralidad de sujetos.

En última instancia, la regla de Derecho adquirirá la condición de reglamento cuando se incorpore al Ordenamiento jurídico, rasgo que se encuentra íntimamente ligado a su vigencia indefinida en el tiempo. En tal caso, se intensifica su carácter abstracto eliminando toda restricción temporal y dirigiéndola a un número absolutamente indeterminable de sujetos. Así, v.gr., sería la diferencia existente entre un anuncio de fiestas laborales para un año determinado y la norma que declara las fiestas laborables con carácter anual. En el primer caso va destinado a todos los ciudadanos y residentes en el Estado durante el año mientras que en el segundo caso, además, va dirigido a todos los ciudadanos y residentes que puedan existir en el futuro. Las disposiciones transitorias suponen una excepción a la reflexión efectuada, justificada por la especial misión que están llamadas a cumplir.

B.- Los caracteres de la distinción entre norma reglamentaria y el acto administrativo plúrimo aprobado mediante Real Decreto.

Una vez analizados los términos en que se plantea la distinción entre el reglamento y el acto administrativo (perfectamente aplicables a la distinción entre Real Decreto normativo y acto administrativo), conviene profundizar en el tema para delimitar un supuesto existente en el límite entre ambas figuras jurídicas. Me refiero a los denominados actos administrativos plúrimos o con destinatario plural citados en el artículo 59.5.a) LRJAPYAC. A este respecto, existe conformidad en la doctrina española que llega a la conclusión de que no merecen ser calificados como normas reglamentarias debido a la falta de su carácter normativo u ordinamental.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁴ sostiene que la distinción en este supuesto presenta mayor complejidad. Son muchos estos actos administrativos generales: 1) Hay actos cuya pluralidad de sujetos destinatarios no se determina aun siendo determinable (por ejemplo, fijación de horario o turno de vacaciones para los funcionarios del Ministerio de Justicia), 2) pero otros en que ni siquiera la determinación previa o posterior es posible (convocatorias de oposiciones, anuncios de información pública, declaración de fiestas laborables, licitaciones públicas). 3) Hay a la vez en estos actos colectivos meras invitaciones, pero también verdaderos condicionamientos de derechos y señalamiento de caducidades e incluso verdaderas órdenes

⁵⁴ E. GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 187 y 188.

colectivas, el caso más importante de éstas, por su tradición doctrinal, especialmente en Alemania, es el de las órdenes de policía (orden de limpieza de las calles en día de nevada). Parece claro que no obstante la generalidad de los actos, y aun de su posible carácter preceptivo, no estamos en presencia de verdaderos reglamentos. La razón es la misma que venimos exponiendo: tales actos, no obstante la generalidad de su contenido, no se integran en el Ordenamiento jurídico: éste sigue siendo el mismo antes y después de que esos actos se produzcan o se cumplan; son actos aplicativos del Ordenamiento y no innovadores del mismo.

Indica que el criterio expuesto puede ilustrarse con una comprobación muy simple: el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste, para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general). En cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos: sigue <<ordenando>> la vida social desde su superioridad.

F. GARRIDO FALLA⁵⁵ declara respecto de los <<actos administrativos generales no normativos>> que, evidentemente, se trata de actos generales pero no normativos. No son normas, no se integran en el Ordenamiento jurídico. Se dirigen a la generalidad pero no son creadores de normas jurídicas y, por ende, no se integran en el Ordenamiento vigente. Como ejemplos cita los siguientes: convocatorias de concursos, oposiciones y subastas; órdenes de

⁵⁵ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 560.

censo y movilización o de bloqueo y desbloqueo de mercancías; establecimiento o supresión de la veda de caza y pesca, etc.

A poco que se observe se verá, empero, que sin negar la peculiaridad que estos actos suponen, hay un malentendido en la calificación de los mismos como *tertius genus* entre acto y reglamento⁵⁶. En primer lugar, porque se produce, pensada o impensadamente, un uso equívoco del término <<generalidad>> que apunta aquí al destinatario de la orden, mientras que en la acepción tradicional hace referencia a la pluralidad abstracta de los supuestos previstos en la norma; además, en segundo término, porque en muchos de los ejemplos manejados estamos ciertamente ante verdaderos supuestos de un uso complementario de la potestad reglamentaria, siquiera ésta tenga aquí la limitada función de determinar o fijar el alcance o ámbito de aplicabilidad de la norma anterior (periodo de veda de caza o pesca; bloqueo de la mercancía...); finalmente, en tercer lugar, porque todos estos supuestos intermedios son, en definitiva, reconducibles al régimen jurídico de los actos reglamentarios o al régimen de los actos singulares (así, una convocatoria para un concurso -no obstante constituir <<su ley>>, como reiteradamente señala la jurisprudencia- puede ser impugnada como acto administrativo singular ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

J. ESTEVE PARDO, por su parte, realiza una exposición centrada en los riesgos que se derivan de la existencia de los supuestos fronterizos entre acto administrativo y reglamento (v.gr. el aprobado por Real Decreto), resaltando

⁵⁶ Menciona el citado autor en concreto, por ejemplo, a SANDULLI, <<Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo>> en *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1.957, p. 447 y ss.; SANTINELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1.963. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 560.

que la cuestión prioritaria a resolver no es la catalogación dogmática sino la fijación de su régimen jurídico. En concreto, señala que:

1) La proximidad de estos supuestos a los conceptos de acto y reglamento provoca como primera y negativa consecuencia la aplicación de un régimen dualista, propio en parte de los reglamentos, y con hechuras también de lo previsto para los actos administrativos (y cita en concreto la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1.983).

2) Se aprecia en ocasiones una consciente y deliberada indeterminación de la naturaleza jurídica de determinadas formas de decisión administrativa (aunque se refiere en este punto concreto a las Ordenes Ministeriales y no a los Reales Decretos).

3) Alude a los denominados <<reglamentos técnicos>>⁵⁷, frente a los <<reglamentos de servicio>> (a los que se aplica el procedimiento legal de elaboración de disposiciones generales), como supuesto de reglamentos que no observan el régimen propio de las normas reglamentarias.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, analizada en torno al Real Decreto reglamentario, confirma la posición doctrinal unánime que entiende que el criterio diferenciador del reglamento respecto del acto administrativo que tenga como destinatario una pluralidad indeterminada de personas (art. 59.5.a) LRJAPYAC) reside en el carácter ordenador del reglamento en cuanto

⁵⁷ J. ESTEVE PARDO, *Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3 LJCA) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, número 108, septiembre-diciembre, 1.985, p. 233, cita respecto de los mismos a J. SALAS HERNÁNDEZ, *Reglamentos de servicios públicos y elementos desgajados de los mismos (Algunas reflexiones sobre su respectivo contenido y límites)*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 21, p. 265.

norma que forma parte del sistema de fuentes del Derecho. En concreto, los rasgos destacados por las Resoluciones judiciales para diferenciar los supuestos fronterizos se concretan en los siguientes:

1.- El reglamento tiene plenamente el carácter de disposición general por cuanto forma parte del Ordenamiento jurídico. En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala 3^a, Sección 4^a, de 8 de mayo de 1.998 (Ar. 3.673. Ponente: E. CARRIÓN MOYANO) que en su F.J. 3^a declara:

“Pero la relación entre todas ellas, no es una relación de disposición particular ni tampoco de acto administrativo con destinatarios múltiples, respecto de dos disposiciones generales, sino que el uno y las otras tienen plenamente este carácter de disposiciones generales por cuanto uno y otras cada uno en vigencia, forman parte del ordenamiento jurídico, innovándolo cada uno en su orden y momento, derogando reglamentos anteriores y creando normas nuevas que son título habilitante de nuevas relaciones de cotización singulares creadas en su vigencia”

En consecuencia, los reglamentos del Gobierno se integran en el Ordenamiento jurídico, innovándolo cada uno en su orden y momento, derogando reglamentos anteriores y creando normas nuevas que son título habilitante de nuevas relaciones jurídicas entre los particulares creadas durante su vigencia.

2.- El reglamento se caracteriza por la nota de la normatividad innovadora del Ordenamiento jurídico. Dicha nota se destaca en la Sentencia de 28 de abril de 1.993 (Ar. 2.978. Ponente: A. GALÁN MENÉNDEZ) que en su F.J. 1 declara:

“el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10-2-1989, ahora objeto de impugnación, merece el calificativo jurídico de «Acto Administrativo» con destinatario plural, de los previstos en el art. 46.2 de la, a la sazón vigente, Ley de Procedimiento Administrativo [hoy art. 59.5.a) de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común], pues a tal actividad de la Administración General del Estado le falta la nota de normatividad innovadora del Ordenamiento Jurídico, propia de las Disposiciones de carácter general, para que pueda merecer este calificativo, y si, por el contrario, en ella concurre la peculiaridad de ser una acción de concreción cuantitativa, para un determinado período de tiempo, de las previsiones normativas reguladoras del régimen económico de la explotación del Acueducto Tajo-Segura [Ley 52/1980, de 16 octubre, y Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 6-11-1985]; ante cuya conclusión, improcedente se hace la cita de la normativa reguladora de la elaboración de las Disposiciones de carácter General emanadas de la Administración del Estado;”

Los Reales Decretos reglamentarios, por lo tanto, se caracterizan por constituir normas que innovan el Ordenamiento Jurídico sin que puedan limitarse, como en el supuesto examinado por la referida Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1.993 (Ar. 2.978), a realizar una concreción cuantitativa, para un determinado período de tiempo, de las previsiones normativas reguladoras de la materia.

3.- El reglamento es un acto ordenador y no un acto ordenado. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1.999 (Ar. 2.237. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS) en su F.J. 7 señala:

“Este Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general, pues ha reconocido esta Sala en reiterada jurisprudencia (Sentencias de 22 de enero, 5 de febrero y 14 de noviembre de 1991), 16 de febrero y 17 de julio de 1998) que el Acuerdo de Consejo de Ministros, en este caso, no es un acto administrativo de destinatario plural dirigido a un determinado colectivo, sino una disposición general y no es un acto ordenado, sino un acto ordenador que se integra en el ordenamiento jurídico, según la terminología utilizada por esta Sala en la Sentencia de 10 de marzo de 1993.”

La norma reglamentaria del Gobierno se caracteriza porque su vigencia impone la producción subsiguiente de concretos actos administrativos teniendo, en consecuencia, el carácter de acto ordenador que se integra en el Ordenamiento jurídico.

4.- Alguna Sentencia del Tribunal Supremo, sin embargo, destaca cierto rasgo externo del acto recurrido para determinar su carácter de norma reglamentaria o de acto administrativo singular. En concreto, puedo citar la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 14 de mayo de 1.991 (Ar. 6.692. Ponente: R. TRILLO TORRES) que en su F.J. 1º señala:

“Sin ignorar las dificultades que surgen en las situaciones límite para determinar cuándo por razón de su contenido las decisiones administrativas tienen naturaleza de acto o de disposición, sin embargo en este caso consideramos que es correcta la doctrina seguida en la sentencia apelada, porque a pesar de que en el Real-Decreto se contiene la relación concreta de las plazas cuyos titulares debían ser integrados, también lo componen otras normas

sobre las actuaciones a realizar por la Administración, que le dan un contenido normativo que excede de aquella relación y además porque en todo caso fue aquella la que le dio un tratamiento reglamentario, puesto que a diferencia de los actos administrativos con destinatario múltiple, no se indicaron los recursos que procederían contra el mismo, de modo que permanecería la posibilidad de recurrirlo aún en el supuesto de que le reconociéramos la naturaleza que del mismo predica el representante procesal de la Administración.”

La Sentencia examinada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.991 (Ar. 6.692) deduce la naturaleza reglamentaria de un Real Decreto del contenido normativo de ciertas partes del texto aprobado sobre las actuaciones a realizar por la Administración del Estado y además porque el propio Gobierno le dio un tratamiento reglamentario puesto que no se indicaron los recursos que procederían contra el mismo, a diferencia de lo que sucede con los actos administrativos con destinatario múltiple.

Por el contrario, los actos administrativos aprobados mediante Real Decreto se caracterizan por constituir una mera aplicación del Ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 14 de mayo de 1.992 (Ar. 4.157. Ponente: A. GALÁN MENÉNDEZ), al señalar [F.J. 1]:

“Pues bien, antes de pasar al examen del reseñado motivo del recurso, es menester, por razones de buena metodología, determinar, con carácter prioritario, la naturaleza jurídica del recurrido Real Decreto 1342/1988, de 4 noviembre, integrador de la Escuela Social de Oviedo en la Universidad de la misma Ciudad; a este efecto es de retener que con este Real Decreto simplemente se trata de cumplimentar lo acordado por la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1524/1986, de 13 junio, sobre

«Incorporación a la Universidad de las Enseñanzas de Graduado Social», de tal modo que siendo este último Real Decreto la verdadera disposición administrativa de carácter general, atendida su índole normativa, el Real Decreto ahora en cuestión, el 1342/1988, de 4 noviembre, deviene un mero Acto Administrativo atendida su función aplicativa del anterior, haciendo para ello las concretas determinaciones que acuerda que, con un destinatario plural, lo agotan con su cumplimiento.»

El Real Decreto examinado constituye un simple acto administrativo, atendida su función aplicativa de la Disposición Transitoria de un Real Decreto reglamentario anterior. Por ello en su redacción se incluyen concretas determinaciones dirigidas a un destinatario plural que una vez cumplidas determinan su agotamiento.

Finalmente, merece la pena destacar que la jurisprudencia investigada estima como supuestos de actos administrativos los relativos a planes o acuerdos que aun teniendo cierto carácter normativo, el mismo no constituye su naturaleza jurídica predominante. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.991 (Ar. 6.692), F.J. 1; y de 19 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.429), F.J. 3. La última de las citadas (Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO, Sección 4ª), en su F.J. 3º declara:

“Al Plan General de Transformación, al que se refiere el presente recurso, el art. 97 de la LRDA le otorga un contenido plural de naturaleza diversa. Así, debe comprender: la delimitación de la zona, con subdivisión en sectores y plano, y determinación de las clases de tierra; el número, superficie y característica de las unidades de explotación; enumeración, descripción y justificación de las obras necesarias para la transformación; plazo en que debe quedar ultimado el

Plan Coordinado de Obras, pueblos, núcleos urbanos y viviendas que se prevean; intensidad de la explotación de las tierras, precios mínimos y máximos en secano aplicables a los terrenos de la zona; normas aplicables al efecto de determinar en cada caso la superficie que pueda ser reservada en la zona a los propietarios cultivadores directos; y el cálculo aproximado de las familias que quedarán instaladas en la zona y normas complementarias para la selección de adjudicatarios de las explotaciones. Es decir, incluye un cierto contenido de carácter normativo, sin que para ello sea obstáculo que su vigencia sea definida en el tiempo, pues aquél no es incompatible con una duración temporalmente limitada. Pero también es cierto que, por el referido contenido, no tiene una naturaleza unitaria y que ni tan siquiera resulta predominante el mencionado carácter normativo, sino que destaca su significado de programación de actuaciones a realizar, que se agota con su cumplimiento, como una segunda fase del referido procedimiento complejo o plural que tiende a la ordenación de la propiedad y «puesta de riego» de la correspondiente zona.”

De acuerdo con la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de 19 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.429), el Plan General de Transformación examinado incluye un cierto contenido de carácter normativo, sin que para ello sea obstáculo su vigencia definida en el tiempo, pues aquél no es incompatible con una duración temporalmente limitada. Pero al mismo tiempo, el referido contenido normativo no tiene una naturaleza unitaria y ni tan siquiera resulta predominante, sino que destaca su significado de programación de actuaciones a realizar, que se agota con su cumplimiento.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que los caracteres del tráfico jurídico administrativo, sin duda, van a determinar que cada vez más

frecuentemente las actuaciones administrativas revistan un carácter fronterizo, siendo misión tanto de los Órganos competentes para adoptarlos como de los Tribunales la de perfilar con claridad sus rasgos definitorios. Por otra parte, entiendo que en cuanto a la distinción entre norma reglamentaria y acto administrativo en el caso de que ambos revistan la forma de Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros, ha de estarse al criterio mantenido con acierto por la generalidad de la doctrina científica y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no es otro que el de determinar la naturaleza del acto enjuiciado, caso por caso, atendiendo a su carácter normativo o innovador del Ordenamiento jurídico o, por el contrario, a su condición de mera aplicación del Derecho, visible externamente por su efecto consuntivo.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN LA TRADICIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO Y NORTEAMERICANO.

ESTUDIO DE DOS TRADICIONES JURÍDICAS ENCONTRADAS: EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN LA TRADICIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO Y NORTEAMERICANO.

ESTUDIO DE DOS TRADICIONES JURÍDICAS ENCONTRADAS: EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

1.- LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO.

- A.- Del concepto formal de reglamento al sistema de reserva reglamentaria en Francia.
- B.- El principio monárquico como germen de la potestad reglamentaria en Alemania.
- C.- La diversidad de categorías de reglamento en el Derecho italiano.

2.- EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

- A.- La evolución de la legislación delegada en el Reino Unido.
- B.- La legislación delegada en los Estados Unidos de América.

3.- CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CARÁCTER DE LOS REGÍMENES CONTINENTAL Y ANGLOSAJÓN RELATIVOS A LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN LA TRADICIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO Y NORTEAMERICANO.

ESTUDIO DE DOS GRANDES TRADICIONES JURÍDICAS ENCONTRADAS: EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

El Capítulo que expongo a continuación trata de dar una breve noticia del concepto y evolución de la potestad reglamentaria del Gobierno en el Ordenamiento jurídico de aquellos países más representativos de las dos grandes tradiciones jurídicas internacionales, esto es, del Derecho continental europeo y el Derecho anglosajón. La existencia de principios e instituciones jurídicas comunes en cada una de ellas no es óbice para que se manifiesten dentro de las mismas importantes diferencias en los respectivos Derechos nacionales que es preciso destacar. Con todo, conviene precisar que la finalidad de mi exposición no es, en ningún caso, la de agotar la bibliografía existente sobre el tema abordado. No se trata, por lo tanto, propiamente de una investigación sino más bien de una descripción de cuales son los rasgos generales de la potestad reglamentaria del Ejecutivo en los regímenes jurídicos seleccionados que sirva de referente respecto del Derecho español.

La contemplación de los distintos regímenes jurídicos en Europa y Norteamérica pone de manifiesto la existencia de tradiciones jurídicas divergentes. Ello no obstante, todos los Derechos nacionales pertenecientes a las mismas han previsto que el Gobierno pueda ejercer un poder reglamentario

¹ que les permita dictar normas con valor subordinado a la ley. La amplitud de tal potestad puede variar hasta incluir un extenso poder reglamentario que se ejerce de manera autónoma como es el caso de los Decretos del Consejo de Ministros en Francia o, por el contrario, quedar reducida a un escaso número de supuestos de ejercicio de poder normativo independiente que, además, se ejercen de manera excepcional como las *Orders in Council made in the exercise of the royal prerogative* que puede adoptar el Gobierno británico.

El estudio detenido de la evolución histórica de la potestad reglamentaria en la tradición jurídica de Europa y los Estados Unidos de América revela, sin embargo, la diversidad de planteamientos doctrinales que, en cada uno de los países, ha impulsado el desarrollo del poder normativo del Ejecutivo; planteamientos ineludiblemente unidos a los avatares concretos de cada realidad nacional. La desmesurada amplitud del Derecho occidental obliga a reducir el examen de la evolución del poder reglamentario al estudio de los momentos más destacados de las dos grandes tradiciones jurídicas actualmente vigentes en el panorama internacional, la continental europea y la del Derecho anglosajón.

¹ J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre 1.999, p. 639, afirma que, en todos los regímenes jurídicos europeos, el Gobierno, entendido como órgano colegido constituido por los ministros responsables ante la asamblea nacional, es titular de un poder reglamentario. He de precisar sin embargo que, en opinión de quien redacta estas páginas, para la tradición jurídica anglosajona el Gobierno al dictar normas jurídicas se configura, por regla general, como mero ejecutor de un poder delegado por el Parlamento constituyendo las *Orders in Council made in the exercise of the royal prerogative* la expresión de una potestad normativa de carácter residual.

1.- LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO.

A.- Del concepto formal de reglamento al sistema de reserva reglamentaria en Francia.

El concepto de ley que domina la revolución liberal francesa es el preconizado por J.J. ROUSSEAU que lo desarrolló en el contexto de su teoría sobre el contrato social. La ley para este autor es emanación de la voluntad general sobre un objeto de interés común. Esta definición contiene dos elementos fundamentales: el primero es que la ley tiene que ser expresión de la voluntad común (*volonté générale*), o sea la expresión de la voluntad de la totalidad de los hombres que viven en una comunidad bajo un contrato social, y el segundo elemento, que se deduce del primero, es que todo lo que a todos concierne tiene que ser objeto necesariamente de interés común y, por tanto, normativa que a todos afecte. La ley en definitiva es expresión de la voluntad general y, además, no puede tratar sobre casos individualizados².

La teoría de la ley expuesta conlleva dos consecuencias inmediatas en las relaciones de la ley con el reglamento. En primer lugar, la ley como expresión de la voluntad general tiene que ser aprobada por el pueblo, lo que

² J. J. ROSSEAU, *Lettres sur la Montagne*, Lettre VI, citado por R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, p. 86.

los revolucionarios concretarían en la aprobación de los proyectos de ley por los Estados Generales reunidos en asamblea. Y, en segundo lugar, la ley (o lo que es lo mismo el pueblo) regula la totalidad de las situaciones de carácter general que incumben a los ciudadanos lo que implica la completa desaparición de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

La Asamblea de Representantes o Parlamento asume por lo tanto la totalidad del poder normativo en virtud de la citada concepción de la ley reafirmada por la puesta en práctica del principio de separación de los poderes de Estado. El Decreto de la Asamblea Nacional de 1 de octubre-3 de noviembre de 1.789 expresa ya la tesis expuesta al establecer que <<*le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'observation*>>. El texto del Decreto que luego pasaría prácticamente igual a la Constitución de 3 de septiembre de 1.791 en su artículo 6º de la Sección I, dejaría al Rey sin potestad normativa alguna, pues aunque señalaba la posibilidad de dictar *proclamations*, por tales no se entendían sino meros recordatorios destinados al estricto cumplimiento de las leyes³.

La inviabilidad de tan enérgicas pretensiones vino a demostrarse de inmediato en el terreno de los hechos. Así la Asamblea Nacional bien pronto quedó desbordada por la tarea normativa, viéndose forzada a autorizar al Rey, en diversas leyes, a dictar <<*règlements*>> para completar sus disposiciones. De otra parte, el Rey hizo un uso extensivo del poder de dictar *proclamations*,

³ S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el Concepto de Reglamento Ejecutivo en el Derecho Español*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 77, mayo-agosto, 1.975, p. 149.

dictando, bajo este nombre, auténticos reglamentos, sin autorización alguna de la Asamblea.

Esta *praxis praeter o contra legem* se incrementó en el periodo de la Convención (1.792-1.795), a lo largo del cual, el *Comité de Salut Publique* que asumió el Poder Ejecutivo dictó numerosos *arretés* generales e impersonales sobre materias que nunca fueron controladas por la Convención y que, en consecuencia, formalismos aparte, jugaron el papel de las normas reglamentarias⁴.

La Constitución directorial del año III (23-IX-1.795) estableció en su artículo 144 que *<<le directoire pourvoit, d'apres les lois, a la sûreté extérieure o intérieure de la Republique. Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution>>*. Se amplía la facultad de dictar *proclamations* al enunciarlas positivamente y no como excepción en contra de la tendencia a erradicarlas que predominó en todos los proyectos constitucionales durante la etapa de la Convención. Pero, además, se restaura la potestad reglamentaria del Ejecutivo mediante la expresión final *<<pour leur exécution>>* ya que la misma descansa sobre la idea de SIEYES de configurar al Directorio como un *<<législateur d'exécution>>*⁵. El Directorio (1.795-1.799), por lo tanto, consolidó una extensa práctica reglamentaria con

⁴ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992, pp. 36 y 37.

⁵ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1.887 (2ª ed.: reimpr. Aalen, 1.964), pág. 13 y ss.; F. MOUREAU, *Le règlement administratif*, Paris, 1.901, pág. 62 y ss.; M.A. SIEGHART, *Government by Decree, A comparative Study of the History of the Ordinance Power in English and French Law*, London, 1.950, pág. 154 y ss.; y Chr. RASENACK, *Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1.789*, Berlin, 1.967, citados por J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Volumen I, Madrid, 1.988, p. 698.

una precaria, aunque intencionada cobertura constitucional. Así los *arrêtés* reglamentarios se hicieron habituales cubriendo muy variados sectores (espectáculos, puentes y caminos, militares, funcionarios, servicios públicos, minas y fábricas, escuelas, cortas forestales, etc.) convirtiéndose en consecuencia en un instrumento normal de gobierno⁶.

La competencia propiamente reglamentaria en manos del Ejecutivo, como se ha indicado en el Capítulo precedente, no se reconocería de modo explícito sino en el año VIII durante el Consulado con ocasión de la aprobación de la nueva Constitución de 22 de Frimario del calendario republicano (13-XII-1.799) en el ya examinado artículo 44. En consecuencia, el proceso revolucionario que había partido de un predominio absoluto de la ley y una negación de la potestad reglamentaria, termina vencido por la realidad de la actividad del poder del Ejecutivo aceptando la potestad reglamentaria del mismo, incluso autónoma en materia de policía (artículos 47 y 48 de la Constitución), pero en todo caso afirmando la superioridad de la ley en cuanto expresión soberana de la Asamblea⁷.

⁶ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992 pp. 36 y 37.

⁷ J.L. MESTRE, *De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution*, Revue Française du Droit Administrative, mars-avril, n ° 17, 2.001, pp. 301 y 302. Expone que la Constitución del año VIII refuerza, como se ha dicho las atribuciones del poder ejecutivo, atribuyendo al Gobierno un innegable poder reglamentario. Pero ¿podía el Gobierno modificar o derogar las disposiciones legislativas por medio de un reglamento? En principio, la respuesta parece debe ser negativa, puesto que el artículo 44 del texto constitucional le confía el poder reglamentario para asegurar la ejecución de las leyes. DAUNOU, que participó en la redacción de la nueva Constitución afirmaba que “para derogar o modificar una ley, hace falta una ley”. El estudioso de las instituciones napoleónicas CH. DURAND, *Études sur les rapports entre la loi et règlement gouvernemental au XIX siècle*, PUAM, 1.976, pp. 40-48, ha estimado, no obstante, que “la mayoría de los tribunales admitían en principio que el reglamento gubernamental podía modificar o abolir en su ámbito los actos hechos por el legislador antes del nivoso (mes del calendario republicano francés) del año VIII, lo cuales no estaban más, desde ese momento, reservados a la ley”. En mi opinión, dicha posibilidad del Ejecutivo equivale a una derogación sobrevenida por la nueva Constitución de la legislación preexistente pero manteniéndose la superioridad de la ley sobre el reglamento.

Con la III República la relación entre la ley y el reglamento sufre un cambio considerable. Su Constitución de 1.875, acompañada de las otras tres leyes fundamentales aprobadas (referidas respectivamente al Presidente, el Congreso y la de organización de los poderes públicos), tiene solamente 34 artículos, lo cual significa una escasa regulación de esa relación entre la ley y el reglamento y, por tanto, la necesidad de reflexionar, precisar y desarrollar la misma. En ello influyen dos tesis contrapuestas a la que es necesario aludir.

La primera de las tesis es la mantenida por la escuela de Burdeos que se apoya en la doctrina desarrollada en Alemania e Italia durante el siglo XIX y cuyo principal valedor es L. DUGUIT⁸ quien mantiene un concepto dualístico de la ley que afecta sustancialmente a la relación ley-reglamento y rompe con la tradición francesa. Según esta concepción existen dos clases de ley, *en sentido formal* y *en sentido material*. Son leyes en sentido formal todas las que emanan del órgano establecido por la Constitución para ello. Contrariamente, son leyes en sentido material aquellos actos del Estado que crean derecho objetivo, o sea que tienen un carácter general e imperativo. Se rompe con ello el concepto unitario de ley mantenido hasta entonces por la doctrina francesa ya que J.J. ROUSSEAU había hablado de la naturaleza formal y material de la ley pero dentro de un concepto único de norma legal.

La segunda de las teorías, parte al igual que J.J. ROUSSEAU de la superioridad de la ley (comprendiendo bajo tal denominación <<*toute décision*

⁸ L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. 2, <<La théorie générale de l'État>>, 1.923, p. 140 y ss., citado por R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, p. 87.

émise par le Corps législatif, dans la forme qui est propre à l'organe de la législation>>). La norma legal proviene únicamente del órgano que la elabora, el cuerpo legislativo, depositario inmediato de la soberanía nacional. Además, la ley desde el momento de su definición queda exclusivamente compuesta por un elemento formal, puede regular todo, mientras que el reglamento que también por definición sólo puede ejecutar la ley, carece consecuentemente de cualquier espacio autónomo de intervención⁹. Las diferencias con la teoría roussoniana se concretan en que la ley es aprobada por la Asamblea legislativa como representación de la voluntad popular y no por el pueblo directamente y puede regular supuestos concretos y no sólo con carácter de generalidad.

La teoría de R. CARRÉ DE MARLBERG termina imponiéndose en Francia, siendo recogida en las Constituciones de la III y la IV República. Ello no obstante, la actividad normativa del Ejecutivo francés, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, será cada vez más intensa negando en la práctica vigencia a la doctrina enunciada en la medida en que se va consolidando el ejercicio de una actividad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. A partir de la Tercera república, es frecuente la emisión de los reglamentos en materia de servicios públicos y, en menor medida, de policía que no han quedado condicionados de manera directa por ningún tipo de habilitación legislativa previa. Pero, además, el Ejecutivo a partir de 1.870 inicia la práctica de los decretos-leyes, a la que se termina recurriendo con frecuencia sobre todo desde 1.924, y ya de forma sistemática a partir de 1.937.

⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, 1.920, pgs. 327-329 citado por J. PABLO FALCÓN, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 32, enero-abril, 1.992, p. 106. Ver también R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1.931, p. 53 y ss., citado por R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, p. 88.

La Constitución de la IV República, de 27 de octubre de 1.946, quiso acabar con la utilización de los decretos-leyes, recomponiendo las tradicionales relaciones entre ley y reglamento derivadas del concepto formal formulado por R. CARRÉ DE MALBERG. El artículo 13 de la Constitución establece en este sentido que sólo la Asamblea Nacional vota la ley y que no puede delegar este derecho.

No obstante lo anterior, durante su puesta en práctica se habilitan mecanismos que en realidad suponen una delegación de competencias normativas en el Ejecutivo. Así, en primer lugar, se vuelve a utilizar la figura del decreto-ley. Dichos decretos-leyes van precedidos de unas leyes de autorización que amplían el ámbito competencial del reglamento en la esfera que hasta ese momento era de competencia legislativa. Por otra parte, en segundo lugar, se emplea la técnica de las leyes cuadro o leyes marco, conforme a las cuales el Parlamento establece los principios generales y el Ejecutivo establece el desarrollo normativo. Y, por último, la tercera técnica se concreta en la Ley de 17 de agosto de 1.948 que mediante la técnica deslegalizadora considera determinadas materias de carácter reglamentario¹⁰.

La Constitución de la V República, aprobada en referéndum el 28 de septiembre de 1.958, vendrá a consagrar a nivel constitucional la amplitud de la actividad reglamentaria del Ejecutivo desde la III República. El nuevo texto constitucional enumera en su artículo 34 una serie de materias cuya regulación corresponde a la ley mientras que su artículo 37.1 atribuye el resto de materias al poder reglamentario. Para dilucidar los posibles conflictos de competencias

¹⁰ R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, pp. 89-90.

entre ambos poderes se crea el Consejo Constitucional. La división competencial descrita supone una transformación radical de la concepción de cada una de las categorías normativas citadas. En este sentido, las diferencias fundamentales operadas en la configuración de la ley y el reglamento pueden concretarse en los siguientes enunciados:

1º.- La ley ya no se define principalmente por el órgano del que emana sino por las materias que regula. La ley deja de ser una categoría normativa definida exclusivamente en base a consideraciones formales, esto es, norma emitida por el Parlamento siguiendo el procedimiento legislativo, para pasar a convertirse ahora en norma con un carácter inequívocamente material, es decir, que regula determinadas materias reservadas a ella de forma expresa en la Constitución.

2º.- El reglamento es una norma también primaria, cuando se trata de reglamentos autónomos, que puede intervenir en todas aquellas materias no reservadas a la ley sin necesidad de ninguna habilitación legislativa previa. Al mismo tiempo, la norma reglamentaria sigue constituyendo un acto normativo del Gobierno que ejecuta la ley quedando subordinado a ella, cuando estamos ante reglamentos ejecutivos¹¹.

3º.- Se produce, en consecuencia, una completa alteración de las relaciones existentes hasta ese momento entre ambas fuentes, la ley pierde su condición de norma general y ordinaria del Ordenamiento y se transforma en

¹¹ En relación con las dos primeras conclusiones ver R. CHAPUS, *De la soumission au droit des réglemets autonomes*, Recueil Dalloz, 1.960, págs. 119 y 125. También D. TURPIN, *Contentieux Constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1.986, pág. 262 citado por J. PABLO FALCÓN, *Reglamento en la Quinta República Francesa*, Revista Vasca de Administración Pública, número 32, enero-abril, 1.992, p. 111.

una norma especial cuya competencia es sólo por atribución. El reglamento, por el contrario, pasa de ser norma subalterna a convertirse en norma ordinaria que dispone de una cláusula general de competencia¹².

La evolución posterior del Derecho francés ha modulado en gran medida la novedad que para los juristas supuso la consagración en el texto constitucional de 1.958 de un poder reglamentario autónomo del Ejecutivo. En efecto, las dos características que definen la nueva figura constitucional han desaparecido en virtud de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés¹³ sobre la que ha pesado no sólo la concepción republicana de la ley, sino también la imposibilidad práctica de distinguir materialmente la ley del reglamento. En última instancia, entiende quien escribe estas líneas que dicha interpretación del Consejo Constitucional se ha visto favorecida por la consolidación de la democracia parlamentaria en el contexto internacional que ha tenido lugar en el final del siglo XX, lo que inevitablemente favorece un reflujó de competencias normativas en la Asamblea Nacional.

¹² L. HAMON, *Les domaines de la loi et du règlement d'une frontière*, Recueil Dalloz, 1.960, p. 255; L. JEZEAU MARIGNÉ, sobre <<L'application des articles 34 et 37 par le Sénat>> en *Le domaine de la Loi et du Règlement*. Economica, P.U.A.M., 1.981, p. 124 y J. RIVERO, <<Regard sur les institutions de la Ve. République>>, Recueil Dalloz, 1.958, p. 259 citados por J. PABLO FALCÓN, *Reglamento en la Quinta República Francesa*, Revista Vasca de Administración Pública, número 32, enero-abril, 1.992, p. 111.

¹³ Ver a este respecto, J.E. SCHETTL, *Privatisations, Domaines de la Loi et du Règlement*, L' Actualité Juridique-Droit Administratif, n° 4, 20 avril, 1.998, p. 382. Recoge la Décision n° 98-182L, 6 mars 1.998 du Conseil Constitutionnel: *Dénomination de la comisión de la privatisation*, que pone de manifiesto la competencia reglamentaria para denominar a la Comisión de Privatización que figura en el art. 17 de la Ley 94/679 de 6 de agosto de 1.994 sin tacha de inconstitucionalidad formal.

El Consejo Constitucional, en primer término, ha interpretado que la ley puede abarcar ámbitos reservados constitucionalmente al reglamento sin que ello determine necesariamente su inconstitucionalidad formal¹⁴.

Pero, además, en segundo término, la jurisprudencia constitucional francesa ha estimado que el sometimiento de los <<reglamentos autónomos>> al principio de legalidad, en cuanto los mismos han de insertarse en el Ordenamiento jurídico vigente, es total e idéntico al que rige para todo tipo de reglamentos¹⁵.

Respecto del procedimiento administrativo para elaborar disposiciones de carácter general, finalmente, ha de señalarse que el mismo sólo ocupa un lugar muy reducido en el Derecho administrativo francés, tanto desde el punto de vista legislativo y reglamentario como jurisprudencial. Ello se debe al origen de este derecho que, en gran medida, es pretoriano. No existe ningún <<código administrativo>>, el juez (principalmente el Consejo de Estado) no establece unas normas generales. Corresponde a los juristas ver lo que cambia, lo que permanece, lo que representa y constituye el estado actual del Derecho administrativo. La concisa redacción de los fallos, por otra parte, no siempre facilita esta interpretación.

El juez se ha ocupado del procedimiento administrativo contencioso (recurso administrativo) e, inspirándose en éste, ha establecido las normas necesarias, y sólo éstas, para el procedimiento no contencioso (v.gr., las

¹⁴ Vid. *Revue Française du Droit Administrative*, nº 6, 1.987, p. 871 y ss. *Décision du Conseil Constitutionnel 6 juillet 1.982, Blocage des prix*, en la que el Consejo Constitucional admite que la Ley puede regular materias de competencia reglamentaria sin que ello de lugar necesariamente a su declaración de inconstitucionalidad.

¹⁵ J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 70 y 71.

relativas al ejercicio del derecho de defensa por el interesado y finalmente la obligación de motivar e informar sobre los actos). A lo anterior, ha de añadirse que en el Derecho francés, todos los actos del Ejecutivo cualquiera que sea el número de sus destinatarios, individuales o reglamentarios, están sometidos a los mismos procedimientos de control¹⁶.

Se ha llegado a afirmar por J.P. FERRIER¹⁷ que de la libertad con que actúa la Administración pública ligada al carácter unilateral de sus actos (derivada del <<privilegio de autotutela>>) resulta la ausencia de procedimiento. La Administración puede actuar con propia iniciativa y en la forma y con el sentido que más le convengan. De ahí que <<la acción normativa es normalmente secreta>>; y ésta no llega al conocimiento de los administrados hasta que deviene ejecutiva. Esa es la regla general que, como expone el citado autor, no sólo exime de seguir un procedimiento uniforme, sino también, de toda obligación de procedimiento.

B.- El principio monárquico como germen de la potestad reglamentaria en Alemania.

En la Alemania del siglo XIX, durante el proceso de unificación alemana y tras la proclamación del II Reich el 18 de enero de 1.871, el problema de la extensión de la potestad reglamentaria se encuentra íntimamente ligado a los

¹⁶ J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, pp. 637 y 638, cita a este respecto la Sentencia del Consejo de Estado de 26 de junio de 1.959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*.

¹⁷ J.-P. FERRIER, *El Procedimiento Administrativo en Francia*, Université Panthéon-Assas, París II, Francia. Artículo incluido dentro de la obra de J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 355-356 y 361.

avatares del principio monárquico. La aplicación de la doctrina monárquica del poder se impone en los territorios germánicos tras su proclamación en el Acta final del Congreso de Viena para todo el continente el 9 de junio de 1.815. La formulación constitucional del citado principio se realizará, con todo, de modo atenuado como fruto de un compromiso con el principio democrático. El titular originario de la soberanía era el monarca (a quien correspondía la sanción de la ley) y las Asambleas eran simples órganos de limitación del poder originario. Además, como consecuencia de lo anterior, lo que no es atribuido a la competencia del Parlamento, corresponde al Rey como titular de toda competencia residual¹⁸.

El ámbito competencial de la Asamblea es el propio de la reserva de ley que los clásicos del positivismo (G. ANSCHÜTZ, P. LABAND, L. VON STEIN¹⁹) delimitaron de manera concreta en la fórmula <<propiedad-libertad>>. Toda intervención estatal en la esfera propia de los súbditos, es decir, la de sus derechos y libertades como particulares, exige una previa regulación parlamentaria.

Para P. LABAND, la *ley en sentido formal* es toda decisión que emana de la voluntad conjunta del Parlamento (que aprueba la ley) y del Monarca que la sanciona. Sin embargo, no toda ley en sentido formal es una ley en sentido

¹⁸ F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley (sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)*, Revista de Administración Pública, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, p. 419 y ss.

¹⁹ G. ANSCHÜTZ, *Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, 2ª edición, 1.901, reedición en Scientia, Aalen, 1.971 citado por J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La Potestad Reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, número 188, octubre-diciembre, 1.980, p. 198. Existe, no obstante, una 1ª edición realizada por la Revista de Administración Pública, número 87, septiembre-diciembre, 1.978.

material. Así, sólo será *ley en sentido material* la norma jurídica (*Rechtsatz*) que es la norma que regula la relación entre dos personas distintas (v.gr. el Estado y el ciudadano).

No serán, por el contrario, leyes en sentido material las que regulan las relaciones dentro del Estado, la organización del Estado, las relaciones entre los distintos órganos o, en general, las relaciones entre el Estado y quienes se encuentran respecto de él en una situación especial de dependencia (vgr. los funcionarios)²⁰.

Paralelamente a esta conceptualización de la ley, el reglamento que es el ámbito de poder propio del Monarca se divide en dos grandes categorías en función de que regule la esfera propia de los ciudadanos o la del Estado. Así, se distingue entre los reglamentos denominados <<jurídicos>> (*Rechtsverordnungen*) que precisan de una habilitación legislativa previa constituyendo verdaderas normas jurídicas y los reglamentos <<administrativos>> (*Verwaltungsverordnungen*) que son dictados autónomamente por el Ejecutivo y no tienen la categoría de normas jurídicas dada la limitación de lo jurídico a las relaciones intersubjetivas.

Tras la derrota de Alemania en la I Guerra Mundial, la Constitución promulgada en Weimar el 11 de agosto de 1919 supone la instauración de un régimen democrático-parlamentario y la adopción de los primeros

²⁰ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, número 188, octubre-diciembre, 1.980, pp. 198 y 199. Ha de señalarse, no obstante, que la 1ª edición del artículo fue realizada en la Revista de Administración Pública, número 87, septiembre-diciembre, 1.978.

J. M. BAÑO LEÓN, *Los Límites Constitucionales de la Potestad Reglamentaria*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 46, destaca como O. MAYER, por el contrario, rechaza la distinción entre ley material y formal. Pero lo hace sólo a los efectos de defender que la ley tiene una fuerza que le es inherente como consecuencia de la <<forma>> de producción que sigue. Así dirá que <<se llama ley a toda regla de derecho porque de ordinario las reglas de derecho están contenidas en las leyes>>.

planteamientos destinados a limitar el poder de delegación del Legislativo en el Ejecutivo. La reserva de ley como reserva al Parlamento de ámbitos excluidos del derecho originario del Poder Ejecutivo carece de sentido en una Constitución en la que, de un lado, la ley puede intervenir en cualquier tipo de materias y, de otro, el Poder Ejecutivo necesita de la confianza de la Cámara. No obstante, la doctrina de la reserva de ley continuará su vigencia en apariencia indiferente al profundo cambio político y constitucional experimentado. Pero su contenido y su función sí cambian. El peso decisivo lo toma ahora la garantía de los derechos y libertades individuales. Al mismo tiempo, la mayoría de la doctrina mantiene que una delegación sin límites sería un abuso anticonstitucional pero no aciertan a definir el alcance admisible de las delegaciones al Ejecutivo²¹.

En la Ley Fundamental de Bonn, promulgada el 22 de mayo de 1.949, se quieren evitar los errores de la Constitución de Weimar y, por ello, el poder constituyente parte de un predominio del legislador (estableciendo una reserva de ley en el art. 20.3) y evitando al mismo tiempo que éste pueda transferir indiscriminadamente poderes al Gobierno (imponiendo unos límites muy concretos a la delegación, art. 80.1). Se impone en Derecho alemán, por una parte, la supremacía de la ley de modo que las decisiones fundamentales las tome el legislador y, por otra, que la reserva de ley tenga como función la protección de los derechos de los ciudadanos y la separación entre el Gobierno y el Parlamento²².

²¹ J.M. BAÑO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 49.

²² R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, p. 68.

En los años setenta, el esquema constitucional señalado experimentará un reforzamiento en virtud de la labor desarrollada por la jurisprudencia constitucional que permite pasar de lo que se denomina <<reserva de ley>> a la <<reserva parlamentaria>> (*Parlamentsvorbehalt*). No se trata sólo de que exista una ley inicial; además, es preciso que el propio Parlamento regule por sí mismo todo aquello que es esencial. Hasta entonces, la reserva de ley se entiende como reserva de determinadas materias a la decisión inicial de Poder Legislativo, el cual está facultado para transferir al poder reglamentario la regulación de determinados (léase amplios) aspectos o contenidos de la materia reservada.

En los años setenta, sin embargo, con motivo del intento de los *Länder* regionales de reformar los planes de educación se planteará el problema de si es admisible que el legislador <<renuncie>> a favor de los Gobiernos regionales en la regulación de aspectos esenciales de la reforma, llegando a la conclusión el Tribunal de Constitucional en su Sentencia de 14 de marzo de 1.972 que <<el principio del Estado de Derecho y el principio democrático de la Ley Fundamental obligan al legislador adoptar por sí mismo las decisiones esenciales>>²³. Para determinar qué haya de entenderse por decisiones esenciales ha de estarse al contenido de la Ley Fundamental que brinda especial protección a los derechos fundamentales. Por lo tanto, por “esencial” ha de entenderse en general “esencial para la realización de los derechos fundamentales”²⁴.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional que responde a la referencia BverfGE, 33, 1; especialmente p. 10 y ss.; citada por R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, p. 77.

²⁴ El Tribunal Constitucional se apoya en la fórmula elaborada por Th. OPPERMANN, <<Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?>>, *Verhandlungen des 51 DJT*, vol. I, München, 1.976, C. 49 citado por J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 55.

Otras Sentencias que vienen a consolidar la teoría de la esencialidad, declarada durante la década de los años setenta, son la de 18 de julio de 1.972 que conoce sobre la posible implantación de un *numerus clausus* en el acceso a la universidad alemana; la relativa a la introducción de la educación sexual en las escuelas de 21 de diciembre de 1.977; y, finalmente, la de 8 de agosto de 1.978 referente a la utilización de la energía nuclear con criterios civiles²⁵.

En cuanto al procedimiento administrativo relativo a la elaboración de los reglamentos, H. MAYER²⁶ afirma que, hasta el 1 de enero de 1.977, no existía en Alemania una ley general sobre procedimiento administrativo, de modo que éste únicamente había sido objeto de atención por el Juez. La normativa que entra en vigor a partir de esa fecha se subdivide o estructura en torno a tres grandes bloques verticales que se corresponden con las tres leyes federales sobre las que se funda: la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), el Libro X (<<Procedimiento Administrativo) del Código de las Leyes Sociales (X. Buch SGB) y la Ley Tributaria (AO). A ello se añade que en el seno de la propia Ley de Procedimiento Administrativo se produce una subdivisión horizontal consecuencia de la estructura federal alemana. No hay una única ley de procedimiento, la de la Federación, sino que aunque casi idénticas, cada *Land* tiene su propia Ley de Procedimiento Administrativo. En cambio, no se produce este solapamiento en el Libro X del Código Social (SGB) ni en la Ley Tributaria (AO).

²⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional que respectivamente corresponden a las siguientes referencias BverfGE, 33, 303, en especial p. 337 y ss.; BverfGE 47, 46, especialmente p. 78 y BverfGE 49, 89, especialmente p. 125 y ss., todas ellas citadas por R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, pp. 75 a 78.

²⁶ H. MAYER, *El Procedimiento Administrativo en la República Federal Alemana*, Universidad de Frankfurt (J.W. Goethe), artículo incluido en la obra de J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El Procedimiento Administrativo en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 281-294.

Las leyes de procedimiento se centran en los actos y contratos administrativos. Ello entraña que el procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias no está en ellas regulado. Son normas administrativas tanto los reglamentos de ejecución de las leyes (*Rechtsverordnungen*) cuanto los estatutos o reglamentos de las Corporaciones dotadas de autonomía (*Satzungen von Körperschaften*), entre las cuales destacan los Municipios. Para la aprobación de tales normas elaboradas por la Administración hay, desde luego, ciertas previsiones sobre su publicación que constituyen en todo caso presupuesto de eficacia de la norma, tanto en la Constitución -v.gr. el artículo 82 GG relativo a los reglamentos dictados en ejecución de las leyes federales-, cuanto en las leyes de los *Länder*. En contraste con lo anterior, señala el citado autor que en el ámbito local el procedimiento para la elaboración de las normas sobre planeamiento urbanístico goza de una detallada y completa regulación que ha sido objeto de reforma en el año 1.996 con el fin de agilizarla, dentro del proceso general de reformas conocido como la <<*beschleunigung*>>²⁷ o agilización del derecho administrativo alemán de los años noventa.

²⁷ R. CABALLERO SÁNCHEZ, *La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania*, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre, 1.998, p. 424 y ss. Las reformas tratan de adaptar el régimen de la administración a las necesidades de una sociedad cada vez más dinámica. Dentro de dicho proceso se incluye la Ley de agilización del otorgamiento de autorizaciones de 1.996 que introduce modificaciones en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Concretamente, respecto al procedimiento de planeamiento urbanístico las principales modificaciones son: 1) Se establecen plazos preclusivos en el trámite de audiencia e información pública; 2) se dulcifica el régimen de vicios formales de manera que sólo tendrán trascendencia aquéllos que sean decisivos para la solución final; y 3) se sustituye en algunos casos la carga de seguir todo el procedimiento tan formalizado sustituyendo la resolución final o acuerdo por un simple otorgamiento con los mismos efectos (vid. p. 436).

C.- La diversidad de categorías de reglamento en el Derecho italiano.

El artículo 6 del Estatuto de Piamonte-Cerdeña de 1.848, la Constitución liberal aprobada bajo el reinado de Carlos Alberto de Saboya, determinó la existencia, al igual que en Francia, de reglamentos ejecutivos al atribuir la potestad reglamentaria al Gobierno en *esecuzione delle leggi*. En consecuencia, el Ejecutivo podría dictar reglamentos para desarrollar materias ya reguladas por ley. Sin embargo, al mismo tiempo se reconoció la existencia de los llamados reglamentos de prerrogativa, entendiéndose por tales, aquéllos que el Monarca podía emitir directamente, sin necesidad de ley previa, en aquellas materias sobre las que el Estatuto le otorga competencia exclusiva.

La doctrina italiana mayoritaria en el primer tercio del siglo XX rechazaba la existencia de reglamentos independientes, fuera de los denominados reglamentos de prerrogativa, entendiéndose por tales los que constituyeran una regulación aislada al margen de la ley o reglamentos *praeter legem*. G. ZANOBINI, en este sentido, identifica el término <<reglamento independiente>> con aquéllos que regulan directamente o por primera vez una materia en virtud de una previa habilitación legal sin que la ley habilitante realizara una regulación de la materia. F. CAMMEO, por su parte, justificaba los reglamentos independientes en materia de organización en la existencia de una habilitación consuetudinaria.

Finalmente, cabe destacar la categoría de los reglamentos delegados que eran aquéllos dictados en virtud de una ley que autorizaba a regular por primera vez una materia reservada por la Constitución a la competencia del Legislativo o que anteriormente estaba regulada por una ley. Nos encontramos, por lo tanto, muy próximos al concepto de <<reglamento independiente>> expuesto por G. ZANOBINI.

La Ley 100\1.926 de 31 de enero vino a distinguir tres categorías de reglamentos en el desarrollo de una regulación general de la potestad reglamentaria que, no obstante, deja al margen los ya citados reglamentos delegados. Así, su artículo 1 distingue entre los reglamentos ejecutivos emitidos en desarrollo de una ley, los reglamentos independientes dictados en virtud de facultades discrecionales de la Administración y, finalmente, los de organización, que se atribuían como materia propia de regulación administrativa²⁸. La potestad reglamentaria se configura como el ejercicio de poderes propios por la Administración aunque supeditados a su conformidad con el Ordenamiento jurídico en virtud de los principios de jerarquía normativa y reserva de ley²⁹.

²⁸ V. SINAGRA, *La potestà normativa del potere esecutivo*, 1.931, p. 181, citado por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 275. El autor establece la siguiente clasificación de reglamentos en el Derecho Italiano: a) Reglamentos ejecutivos que son los que dicta el Gobierno para disciplinar la ejecución de una ley, por lo que deben considerarse *secundum et intra legem*; b) Reglamentos autónomos, que son los que dicta la Administración para disciplinar su propia actividad discrecional; c) Reglamentos independientes, que son los que disciplinan *toda una materia*, la cual como tal, viene atribuida constitucionalmente o por ley especial a la competencia del Jefe del Estado o a algún órgano administrativo; y d) Reglamentos de organización, que no son sino una subespecie de los independientes, puesto que la materia de la organización administrativa debe considerarse que está atribuida a la Administración.

²⁹ G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo vol. I*, ed. 1.947, p. 68, citado por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.994, p. 277.

La generalidad de los autores estima que la Ley de 31 de enero de 1.926 mantiene su vigencia aunque matizada por la previsión contenida en el artículo 97 de la Constitución Italiana aprobada el 22 de diciembre de 1.947 que supedita las competencias de la Administración en materia de organización a lo dispuesto en la ley. La expresión <<*en materia de organización*>> ha sido interpretada por los autores italianos (G. GUARINO, F.A. NIGRO, G. ZANOBINI³⁰) bien como la exigencia de una norma legal previa, bien como una restricción al ejercicio de la potestad reglamentaria en materia organizativa estableciendo un reparto de la regulación entre la ley y el reglamento o bien, finalmente, como una negación de la potestad independiente de la Administración en dicho ámbito.

2.- EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

A.- La evolución de la legislación delegada en el Reino Unido.

Desde el siglo XVI se plantea en Inglaterra una pugna abierta entre el Parlamento y el Rey por la supremacía del poder normativo. La expansión

³⁰ G. GUARINO, *Osservazioni sulla potestà regolamentare*, Rass. Dir. Pubbl., 1.948, p. 81; F.A. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1.966; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, Riv. Dir. Pubbl. 1.924, p. 281, recogido también en su *Scritti vari di Diritto pubblico*, Milán, 1.955, p. 203, citados por J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, número 188, octubre-diciembre, 1.980, p. 202. Ha de señalarse, no obstante, que la 1ª edición del artículo fue realizada en la Revista de Administración Pública, número 87, septiembre-diciembre, 1.978.

colonial inglesa provoca ya en dicha fecha la necesidad de que los Monarcas dispongan de un poder de regulación directa que intentarán ejercer a través de *proclamations* y *ordinances*, frente a los *Statutes* aprobados por el Parlamento.

Los intentos de suplantación del poder legislativo del Parlamento son múltiples en esta época, tanto bajo los Tudor como bajo los Estuardo³¹. En unos casos, los Monarcas actuaron obteniendo amplísimas delegaciones para legislar del propio Parlamento (así el *Statute de Sewers*, de 1.531; con el célebre, *Statute of Proclamations*, de 1.539; y con el *Statute of Wales*, de 1.543; todos dictados bajo el reinado de Enrique VIII); en otros, dictando normas invocando razones de orden público o la ley marcial (en el reinado de Isabel I, estableciendo la censura de prensa entre 1.566 y 1.568, y creando una jurisdicción especial, con poderes sumarísimos contra los rebeldes, en 1.595); en algunos supuestos, estableciendo derechos de aduanas; y en otros, finalmente, suspendiendo la ejecución de las leyes o dispensando individualmente de su observancia mediante la invocación del poder de prerrogativa (cláusula *non obstante any law of the country*). El Parlamento, sin embargo, manifestó reiteradamente su disconformidad total o parcial, con tales prácticas normativas, siempre consideradas anormales, siendo apoyado en ciertas ocasiones decididamente por la judicatura (así ha de destacarse *la Petition for the redress of Grievances* de 1.610 y determinadas actuaciones del juez COKE). Finalmente la oposición del Legislativo terminó fructificando, tras la *Glorious Revolution*, en el *Bill of Rights* de 1.689³².

³¹ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1.988, pp. 694 y 695.

³² M.A. SIEGHART, *Government by Decree, A Comparative Study of History of the Ordinance Power in English and French Law*, London, 1.950, pág. 13 y ss. recoge el texto del *Bill of Rights* que tiene el siguiente contenido: <<1º That the pretended power of suspending laws, and the execution of Laws, by royal authority without consent of Parliament is illegal. 2º That the pretended power of dispensing with Laws by royal authority, as it has been assumed and exercised of late, is illegal>> citado por J.A. SANTAMARÍA PASTOR,

El resultado de esta dilatada y crítica etapa de la historia británica puede resumirse según J.A. SANTAMARÍA PASTOR en dos postulados que con el tiempo van adquiriendo una aceptación cada vez más común e intensa: en primer lugar, la existencia prácticamente inevitable de una dualidad de poderes normativos -el Parlamento con el Rey, y el Rey solo- o, cuando menos, de dos tipos de normas (según su origen), la ley y lo que después se llamará reglamento. Y, en segundo término, la superioridad intrínseca de los productos normativos aprobados por el Parlamento frente a los dictados por el Monarca en virtud de su sola autoridad: el Rey solo no debe dictar leyes por sí mismo, tampoco puede contradecir en cualquier modo las leyes (derogándolas, modificándolas, suspendiéndolas, o dispensando su observancia).

En opinión del autor del presente trabajo, tales postulados contruidos sobre la supremacía de la Asamblea legislativa derivaron, desde el punto de vista competencial, en una acumulación omnicomprendiva de la totalidad de los poderes normativos en el Parlamento británico de modo que la facultad del Rey para dictar *orders* tendrá un carácter puramente residual. La actuación normativa del Gobierno constituye por regla general el ejercicio de un poder *ad hoc* delegado por el Legislativo. De ahí, que la experiencia histórica inglesa, a partir del *Bill of Rights* de 1.689, adquiera una singularidad innegable respecto del continente europeo ya que, a diferencia de lo sucedido en éste, el Parlamento conservará hasta la actualidad la titularidad íntegra de

Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Volumen I, Madrid, 1.988, p. 694.

los poderes legislativos, haciendo aún más visible el principio de división de poderes.

La descripción realizada acerca de la evolución del poder normativo en la Inglaterra clásica (siglos XVII a XIX) ha de completarse con una mención de las características más sobresalientes de su régimen jurídico, denominado <<*self government*>>, respecto del que cabe mencionar tres notas. Por una parte, ha de señalarse que la Constitución desde la perspectiva doctrinal inglesa, no ha sido nunca un estatuto orgánico del Poder, sino, muy por el contrario, es el estatuto de los ciudadanos, de sus libertades y sus garantías, oponibles ciertamente al poder o autoridad real. La legislación, más que una regulación de relaciones poder-súbdito, ha sido una verdadera regulación de la relaciones individuales que viene a completar un Derecho predominantemente consuetudinario.

Por otra parte, ha de destacarse la ausencia de una Administración estatal entendida como conjunto de órganos dotados de personalidad jurídica que ejerciera los dictados del Gobierno. Existía, por el contrario, una serie de cargos directamente dependientes de la Corona en cuanto sirven a sus necesidades pero carentes de reconocimiento jurídico independiente. Las tareas administrativas eran ejercidas mayoritariamente por las autoridades locales. Sin duda, esta descentralización pronunciada no significaba una desvinculación del Derecho, ya que no sólo los Jueces de Paz eran el eje organizativo de la localidad, sino que éstos, junto a sus funciones netamente

judiciales, fueron acumulando a través del tiempo atribuciones administrativas.

El Parlamento estaba constituido por representantes de las localidades (Cámara de los Comunes) y la vinculación de éstas con el Gobierno central se realizaba no jerárquicamente sino a través del Parlamento³³.

A.V. DICEY³⁴, el principal teórico del sistema jurídico inglés, resume los caracteres del sistema jurídico imperante en los siguientes principios:

1º) La absoluta supremacía del Derecho común, como opuesto a toda existencia de poderes arbitrarios, de prerrogativas e incluso de facultades discrecionales de las autoridades administrativas del Gobierno.

2º) La igual sumisión de todas las clases (incluidos los funcionarios) al Derecho ordinario del país, administrado por los Tribunales ordinarios.

3º) La afirmación de que el Derecho constitucional inglés no es la fuente sino la consecuencia de los derechos del individuo, tal y como han sido definidos y aplicados por los Tribunales.

En el contexto que he descrito, de ausencia prácticamente total de una estructura administrativa central³⁵ y con un Parlamento compuesto por

³³ E. SOTO KLOSS, *¿Existe un Derecho Administrativo Inglés?*, Revista de Administración Pública, número 70, enero-abril, 1.973, p. 116.

³⁴ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 3ª edición, 1.889, pp. 1 y 2 citado por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Tecnos, 13ª edición, 2.002, p. 110.

³⁵ F.W. MAITLAND, *The constitutional history of England, Cambridge*, 1.926, p. 415 y ss. citado por F. MURILLO FERROL, *El régimen jurídico de la Administración Inglesa*, Revista de Administración Pública, número 1, enero-abril, 1.950, p. 46. El citado autor inglés señala que BLACKSTONE, al estudiar la magistraturas subordinadas de Gran Bretaña, tuvo que pasar de largo los cargos más importantes y allegados

miembros del poder local proclives a salvaguardar la máxima autonomía en el gobierno de los condados y las ciudades, es lógico pensar, y así ocurrió, que la delegación de competencias normativas al Gobierno de su Majestad para desarrollar las leyes aprobadas en el Parlamento fuera prácticamente excepcional. Y como muestra de dicha situación puede afirmarse que, hasta bien entrado el siglo XIX, los principales ejemplos de legislación delegada en el Derecho inglés venían constituidos precisamente por los ya aludidos *Statute of Sewers* de 1.531 y *Statute of Proclamations* de 1.539³⁶.

La situación, sin embargo, va a cambiar radicalmente hacia 1.829 con el inicio del denominado “*periodo del colectivismo*” que era el síntoma de la nueva era de la industrialización que había comenzado con la creación de nuevos y graves problemas sociales debidos al desplazamiento de la población a las grandes ciudades y la necesidad del desarrollo de los servicios públicos. La necesidad de poner en marcha nuevas políticas públicas obliga a iniciar un proceso de transferencia de poderes al Gobierno. En el comienzo de dicha etapa pueden mencionarse los Estatutos sobre la fuerza de policía de 1.829 a 1.856 que atribuyeron el poder de promulgar normas sobre la organización interna de la policía al *Home Secretary*. Además, pueden citarse la *Mills and Factory Act* (La Ley de Molinos y Fábricas) de 1.833, la *Poor Law Amendment Act* de 1.834 (La Ley de Pobres), y la *Merchant Shipping Act* de 1.856 (Ley de la Marina Mercante). En concreto, la *Poor Act* dio a los Comisionados de pobres que no tenían, en principio, responsabilidad directa frente al Parlamento, el poder de dictar *rules* y *orders* para “la gestión de la

al Rey (Lord de la Tesorería, Lord Chambelán y los Secretarios de Estado) por cuanto los mismos no tenían existencia propia en el sistema legal, p. 46.

³⁶ W. WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 18^a edition, New York, 2.000, p. 841.

pobreza”. Pues bien, este poder, que se mantuvo durante cerca de un siglo, a pesar de que la responsabilidad ante el Parlamento no se estableció hasta 1.947, puede citarse como uno de los más destacados ejemplos de delegación de la formulación de una política pública en manos del Ejecutivo.

Pero el ejemplo señalado podría considerarse como un experimento particular de poder normativo en manos de la Administración. La legislación delegada en sí misma no provocó la crítica generalizada en la doctrina inglesa hasta el final del siglo XIX. A partir de 1.890 comenzó la publicación de toda la legislación delegada en series uniformes bajo el título de *Statutory Rules* y *Orders* (denominadas, desde 1.947, *Statutory Instruments*). En 1.893, en virtud de la *Rules Publication Act*, se hizo obligatoria la sistemática edición, publicación y numeración de toda la legislación delegada del Gobierno. Pues bien, tales medidas pusieron en evidencia para la doctrina inglesa la proporción del problema de modo que en 1.891, por ejemplo, las *Statutory Rules* y *Orders* doblaban holgadamente el número de los *Statutes* aprobados por el Parlamento. A pesar de expresarse de modo generalizado la preocupación por numerosos autores, el crecimiento de la legislación delegada se mantuvo constante durante las dos guerras mundiales y el establecimiento del estado del bienestar³⁷. En este sentido, pueden citarse las Leyes de Defensa del Reino de 1.914 y 1.915 y la Ley de Emergencia de 1.920.

Respecto de las últimas leyes citadas, ha de resaltarse que pasada la situación de emergencia de la primera guerra mundial y la inmediata

³⁷ W. WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 18^a edición, New York, 2.000, p. 841.

posguerra, las instituciones creadas por la legislación delegada permanecieron, robusteciendo cada vez más el Poder Ejecutivo; ello fue lo que dio ocasión a Lord HEWART para hablar en 1.929 de <<un nuevo despotismo>>³⁸, pues los Ministros iban poseyendo una serie de prerrogativas de imposición frente a los ciudadanos que hacían variar profundamente la estructura clásica del *rule of law* diceyniano.

La campaña promovida por Lord HEWART, *Chief of Justice*, imbuida del más puro espíritu diceyniano de horror a lo administrativo consiguió promover la creación de una comisión de investigación parlamentaria en 1.932 que permitiera conocer el verdadero alcance de la legislación secundaria en Inglaterra. Lo más notable es que la Comisión encargada de la investigación (*Donoughmore Committee*) observaba en su informe la incapacidad de la ley para regular las complejas situaciones de la época, y la conveniencia de equiparar al Ejecutivo con poderes legislativos para solucionarlas en caso de urgencia. El Comité señalaba que no sólo parecía prudente sino incluso vital, a veces, dotar al Ejecutivo con poderes cuasi-pletos para enfrentarse con situaciones de urgente necesidad, ya que cuando el desarrollo técnico va creciendo con rapidez, y no pocas veces de modo imprevisible, la delegación legislativa deviene esencial para encarar las situaciones que se van produciendo y constituye un instrumento francamente estimable, pues permite la constante adaptación a condiciones futuras no previstas, sin necesidad de recurrir a reformas legislativas³⁹.

³⁸ Lord HEWART, *The New Despotism*, London, 1.929 citado por R. BALDWIN, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1.995, p. 61.

³⁹ *Report of the Committee on Minister's Powers*, Cmd, 4.060 H.M. St. Office, London, 1.932, citado por R. BALDWIN, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1.995, p. 60.

No obstante, la Comisión *Donoughmore* recomendó una serie de medidas de salvaguardia que evitaran en lo posible el abuso de la legislación secundaria. Entre tales medidas recomendó: la sistematización y racionalización de la legislación delegada; la simplificación de la nomenclatura; realizar mejoras significativas en el sistema de publicación de las normas; la generalización de un sistema previo de consultas en cada uno de los Departamentos ministeriales; el incremento en el uso de notas explicatorias y, finalmente, el establecimiento de un sistema único de presentación de la regulación ante el Parlamento. Las observaciones señaladas dieron lugar finalmente a la aprobación en 1.946 de la *Statutory Instruments Act* que estableció los procedimientos para los denominados *Statutory Instruments* (*Orders* y *Rules*) y para las *Orders in Council* que, al menos, racionalizó las principales formas de legislación delegada concernientes al Gobierno británico.

En la actualidad, la legislación delegada ha alcanzado un volumen que comienza a asemejarla cuantitativamente a la normativa reglamentaria de los países de la tradición continental europea. Por otra parte, las formas que puede adoptar la legislación delegada alcanza una variada terminología. En concreto, podemos distinguir entre:

1.- Las *Orders in council* que constituyen los instrumentos más importantes de la legislación subordinada. El Gobierno redacta el texto de la norma pero la misma será publicada como Orden del Consejo Privado de la Reina (*Order of the Privy Council*). La autoridad para elaborar tales órdenes debe provenir de una ley de delegación (*Statute*). Ha de advertirse, no obstante, que el Consejo Privado puede aprobar normas con fuerza de ley que

no están subordinadas a la legislación existente y no pueden ser limitadas por un *Statute*⁴⁰. Dichas normas son las denominadas *Orders in Council made in the exercise of the royal prerogative* que se dictan en virtud de los poderes residuales de la Corona que le corresponden como consecuencia del *Common Law*.

2.- Los términos *Regulations, Directives and Orders* son empleados para elaborar normas en materias menos centrales en términos constitucionales y se dictan en virtud de un poder legislativo atribuido a un miembro relevante del Ejecutivo. Así puede otorgarse tal poder a un Ministro como jefe de un Departamento ministerial o al Director de una corporación o de una agencia pública. Dichos términos son usados, además, la mayoría de la veces de forma poco precisa y no todas las que tienen tal denominación entran dentro del ámbito de la *Statutory Instrument Act* de 1.946. En este punto, ha de recordarse que la Comisión de poderes ministeriales (*Committee on Ministers' Powers*) recomendó el uso de la expresión “*rule*” para las decisiones relativas a procedimiento mientras que el vocablo “*order*” debería emplearse solamente para designar actos ejecutivos y decisiones legales⁴¹.

3.- Cabe mencionar, en última instancia, otras normas de la legislación secundaria que pueden ser dictadas por autoridades locales previa habilitación parlamentaria. Entre tales normas pueden citarse *Special Procedure Orders, Local Authority Orders* y *By-laws*.

⁴⁰ P.P. GRAIG, *Administrative Law*, Sweet&Maxwell, 2ª ed., London, 1.989, pp. 175 y 176. El citado autor refiere, además, como base jurisprudencial de la eficacia de las *Orders in Council made in the exercise of the royal prerogative* la siguiente resolución: Att. Gen. V. De Keyser's Royal Hotel [1.920] A.C. 508.

⁴¹ H. W. WADE. *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 6ª ed., 1.988, p. 856.

Los poderes conferidos por el Parlamento a las autoridades del Gobierno no pueden ser objeto de transferencia a otros poderes, prohibiéndose, por consiguiente, la subdelegación legislativa lo que no implica que la elaboración material de la norma se realice propiamente por la autoridad delegada⁴². En este sentido, S. DUBOURG-LAVROFF, destaca que, en la práctica, la elaboración tanto de la iniciativa legislativa del Gobierno como de la legislación delegada en virtud de la autorización recibida del Parlamento recae en buena medida en los altos funcionarios ministeriales⁴³.

Finalmente, ha de señalarse que en relación con la situación actual de la legislación delegada, el Gobierno ha establecido un organismo independiente, *the Better Regulation Task Force*, cuya composición proviene principalmente del mundo de los negocios y cuya misión es la de mejorar la eficacia y el respeto de la regulación gubernamental. Sus propuestas sobre una nueva regulación revisan la manera en que se elaboran las normas y presionan para la eliminación de la regulación que se estime innecesaria. El B.R.T.F., por otro lado, trata de hacer cumplir sus principios de actuación que pueden concretarse en la transparencia, la proporcionalidad, la determinación de objetivos, la coherencia y el control contable. Carece de poderes directivos constituyendo simplemente un organismo consultivo, pero a la vez, ha de señalarse que se encuentra asistido por la *Regulatory Impact Unit in the*

⁴² H.W. WADE, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 6ª ed., 1.988, p. 874.

⁴³ S. DUBOURG-LAVROFF, *Le pouvoir normatif des Ministres en Grande-Bretagne*, Litec, Paris, 1.990, pp. 60-61.

Cabinet Office y puede, por lo tanto, provocar cambios en el funcionamiento y la forma de la legislación delegada⁴⁴.

B.- La legislación delegada en los Estados Unidos de América.

La Constitución Federal de los Estados Unidos que entró en vigor el 4 de marzo de 1.789 confiere la totalidad de los poderes legislativos establecidos en la misma al Congreso. No existe, por lo tanto, potestad reglamentaria del Gobierno Federal. La reserva de ley es absoluta y la sumisión por la Administración a la ley plena⁴⁵. Sin embargo, no se prohíbe expresamente al Congreso delegar sus poderes normativos. En este sentido, ha de señalarse que la única vez que en los textos constitucionales americanos se emplea la palabra delegación es en la 10ª Enmienda para señalar que la competencia residual corresponde en todo caso a los Estados miembros y a los ciudadanos. Así se afirma que <<los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, y por lo tanto, no prohibidos a los Estados, son reservados a éstos respectivamente o al pueblo>>.

⁴⁴ W.WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 18ª edición, New York, 2.000, p. 842.

⁴⁵ B. SCHWARTZ, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, *Le Droit Americain*, pone de manifiesto que hay dos reglas fundamentales del Derecho Administrativo Norteamericano: la sumisión a la ley de la Administración y el que ésta debe dar un máximo de satisfacción a las necesidades públicas, con un mínimo de molestias y de gastos. Citado por J. GASCÓN Y MARÍN, *Fiscalización Jurisdiccional delos Actos Administrativos en el Derecho Norteamericano*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 78, noviembre-diciembre, 1.954, p. 842.

No hay, pues, una atribución constitucional, sino una delegación, en ciertos casos concretos, por obra de la ley⁴⁶. Precisamente por esto, los Tribunales de justicia han podido pronunciarse frecuentemente sobre la constitucionalidad de tales delegaciones⁴⁷. Finalmente, sin embargo, se ha abierto paso la doctrina según la cual basta con que el Ejecutivo en la elaboración de la normativa secundaria se haya ajustado al cuadro de limitaciones establecido por la ley de delegación.

En 1.952, el Tribunal Supremo tuvo necesidad de recordar que los fundadores de la Nación confiaron el poder de hacer la ley en todo momento (<<*in both good and bad times*>>) únicamente al Congreso. Sin embargo, la legislación delegada es un hecho y de enorme trascendencia práctica. El Ejecutivo, además, junto a las normas propiamente dichas dicta las *interpretative regulations* o aclaraciones que hace respecto a determinadas normas del Legislativo sin necesidad de autorización explícita de éste. La validez de tales interpretaciones ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁸.

⁴⁶ Las definiciones sobre las formas de legislación delegada de la *Federal Administrative Procedure Act* de 1.946 (“orders” y “rules”) se encuentran recogidas en 5 U.S.C. & 554 (4)-(7), (9) atribuyendo al término “order” un contenido meramente ejecutivo mientras que el término “rule” se emplea para regulaciones que desarrollan una ley o una determinada política pública, recogiendo dicha diferenciación CHRISTOPHER F. EDLEY, *Administrative Law*, Yale University, Michigan, 1.990, p. 37.

⁴⁷ Así, por ejemplo, la Sentencia dictada en el caso *Schechter Poultry Corp. versus U.S.A.*, 1.935, declaró inconstitucional la ley de la N.I.R.A., dictada durante la época de la depresión económica, a la vista de que prescribía en su artículo 3º que los <<Códigos de concurrencia leal>> que dictase el Ejecutivo tendrían fuerza de ley en virtud del principio *delegata potestas non delegatur*. Resolución judicial citada por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Tecnos, 13ª edición, Madrid, 2.002, p. 122.

⁴⁸ P. DE MIGUEL GARCÍA, *La Legislación Delegada en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos*, Documentación Administrativa, número 147, mayo-junio, 1.972, pp. 73 y 74.

En cuanto a los límites de la legislación delegada pueden citarse con HART⁴⁹ los siguientes:

- 1) La imposibilidad de delegar los poderes recibidos por delegación;
- 2) la supremacía de la ley;
- 3) la reserva de ley para regular toda limitación a la propiedad y la libertad;
- 4) la separación de poderes;
- 5) la existencia de una rígida Constitución escrita que prohíbe la distribución de los poderes otorgados.

La legislación delegada general carece de eficacia jurídica, esto es, no tiene vigencia hasta treinta días después de su publicación. Se ha querido con ello establecer un criterio análogo en cuanto al comienzo de la aplicación entre la normativa dictada por el Gobierno, ley material, y la ley en sentido formal. La Administración cuida mucho la publicidad de las normas delegadas siendo obligatoria desde 1.935. Hasta tal punto es cierto lo anterior que para la normativa secundaria aprobada en desarrollo de la Ley de la Bolsa de Valores de 1.934 se dispuso⁵⁰ que nadie podría ser objeto de prisión por violación del reglamento, cuando en el proceso se probase que el acusado no había tenido conocimiento del mismo.

⁴⁹ HART, *Limits of Legislative Delegation*, 1.942, citado por P. DE MIGUEL GARCÍA, Documentación Administrativa, número 47, mayo-junio, 1.972, p. 76.

⁵⁰ J. GASCÓN Y MARÍN, *Fiscalización Jurisdiccional de los Actos Administrativos en el Derecho Norteamericano*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 78, noviembre-diciembre, 1.954, p. 845.

En cuanto a la regulación del proceso de elaboración de las disposiciones dictadas en virtud de delegación legislativa, la Ley de Procedimiento Administrativo (*Federal Administrative Procedure Act*) de 1.946 se menciona como el comienzo de una nueva era en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos por VANDERVILT dando por finalizada una situación de vacío legislativo que fomentaba la inseguridad jurídica⁵¹ de los particulares. La Ley no es sino consecuencia de una serie de trabajos que se iniciaron después de que el Presidente Roosevelt nombrase el *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*⁵². La nueva ley de procedimiento federal reguló con carácter general el procedimiento de elaboración de disposiciones delegadas en los términos que a continuación se exponen:

1.-Ante todo, diseñó un régimen uniforme para todas las Agencias administrativas por más que las posteriores normas sectoriales no se hayan mostrado particularmente respetuosas con esta intención homogeneizadora, estableciendo trámites peculiares, que en muchas ocasiones carecen de suficiente justificación sustantiva.

⁵¹ VANDERVILT, *The Federal Administrative Procedure Act*, citado por J. GASCÓN y MARÍN, *Fiscalización Jurisdiccional de los Actos Administrativos en el Derecho Norteamericano*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 78, noviembre-diciembre, 1.954, p. 845.

⁵² B. SCHWARTZ, <<La *procedure administrative aux États Unis*>>, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, abril-junio, 1.951, pp. 251 a 261 citado por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 122.

2.-Se impuso a las Agencias administrativas el deber de publicar en el *Federal Register* las normas de procedimiento interno reguladoras del proceso de elaboración de legislación delegada como exigencia derivada del principio de seguridad jurídica.

3.-Por último, la Ley de 1.946 estableció que se aplicara con carácter general, salvo en contadas excepciones, como principio básico del procedimiento de elaboración de la normativa delegada, el de participación pública en su desarrollo. A este respecto, han de señalarse como razones materiales justificadoras de la relevancia atribuida a dicha participación: el que la Administración no dispone siempre de todos los datos fácticos relevantes y carece en ocasiones de la perspectiva necesaria para su enjuiciamiento; además, se configura como el obligado contrapeso procedimental a la amplísima discrecionalidad sustantiva de la que el Congreso inviste a sus Agencias; y, finalmente, porque contribuye a la legitimación democrática de las normas dictadas en virtud de delegación legislativa⁵³.

Como destaca J. BARNÉS VÁZQUEZ⁵⁴ la *Federal Administrative Procedure Act* distingue entre el procedimiento normativo formal e informal para las disposiciones dictadas en virtud de delegación legislativa:

⁵³ J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El Procedimiento Administrativo en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 342.

⁵⁴ J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El Procedimiento Administrativo en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993 pp. 343 a 345.

1.- El procedimiento normativo informal es el aplicable con carácter general, esto es, en defecto de determinación legal en contrario, y las fases en las que se articula son las siguientes:

En primer lugar, se publica en el *Federal Register* el anuncio del proyecto de disposición con las siguientes menciones: términos literales de dicho proyecto, descripción de su sustancia o, al menos, descripción de las materias a las que se refiere; fundamento normativo a cuyo amparo la Agencia propone la norma; tiempo, lugar y naturaleza de las actuaciones públicas que se seguirán en lo sucesivo.

A continuación, y por el plazo que se haya fijado en el anuncio, cualquiera de las personas que tenga interés en la materia puede remitir a la Agencia actuante los comentarios escritos que estime oportunos, con o sin oportunidad, por decisión de la Agencia, para su presentación oral ante ésta.

Por último, y tras considerar los aspectos relevantes contenidos en los comentarios recibidos, la Agencia procede a la publicación en el *Federal Register* de la norma final, precedida de una declaración general y concisa de su fundamento y propósito.

2.- El procedimiento normativo formal, por su parte, se basa en el modelo de procedimiento judicial y es de aplicación únicamente en los casos en que una ley así lo prevea, mediante la exigencia de que la norma se elabore *on-the-record after opportunity for agency hearing*. Comienza con la

publicación del anuncio del proyecto en los mismos términos que en el procedimiento informal.

A continuación, se articula una fase probatoria en sentido estricto, incluyendo la posibilidad de preguntar y repreguntar a los testigos, cuya dirección se encomienda a un órgano administrativo más o menos imparcial denominado *Administrative Law Judge*.

Concluido el periodo de prueba, se desarrolla la fase de alegaciones en la que cualquiera de los interesados puede presentar escritos exponiendo su parecer, fundados en la prueba practicada con anterioridad, acerca del contenido que debiera tener la norma final.

Por último, se dicta la norma sobre la base de los hechos que se consideran probados y que como tales constan en el expediente.

La inidoneidad práctica del procedimiento formal se puso inmediatamente de manifiesto. Así, la duración media de los procedimientos normativos formales seguidos al amparo de la *Food, Drug and Cosmetic Act* fue de cuatro años, excediendo de diez en dos particularmente célebres: el relativo a si la crema de cacahuètes debía tener una composición del 90 % o del 87% de cacahuètes, y el concerniente a la cantidad de vitaminas y minerales que debía contener la dieta de un americano medio. La adopción de un procedimiento de corte judicial implica un seguimiento demasiado complejo por afectar a millones de ciudadanos y, además, el fundamento de las decisiones adoptadas en una norma delegada se concreta en juicios de

carácter ético o ideológico que no pueden plasmarse formalmente en un expediente administrativo. Todas estas razones, han llevado al Congreso a no exigir el procedimiento formal en ninguna ley sectorial desde 1.966 por lo que se puede afirmar que ha quedado obsoleto.

La respuesta a la falta de eficiencia de los procedimientos administrativos vigentes se ha concretado en el establecimiento de un tercer tipo de procedimiento, el de <<elaboración negociada de la legislación delegada>>. En efecto, el concepto de elaboración negociada de las normas dictadas en virtud de una delegación legislativa arranca de la insatisfacción con el proceso de elaboración de las mismas, el cual se había convertido, como hemos visto, desde los años 60 en demasiado contradictorio y formalista frente al breve y sencillo que preveía la Sección 553 de la Ley de Procedimiento Administrativo⁵⁵.

La legislación actual relativa al procedimiento de elaboración negociada de la normativa secundaria que dicte el Ejecutivo Federal es el resultado de la promulgación de tres leyes federales que han configurado el vigente Subcapítulo III del Capítulo V del Título V del *United States Code* (U.S.C.): la *Negotiated Rulemaking Act* de 1.990 (Ley Pública 101-648, de 29 de noviembre), y la *Administrative Technical Amendments Act* de 1.991 (Ley Pública 102-354, de 26 de agosto de 1.992) y la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1.996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre).

⁵⁵ Vease P. HARTER, <<*Negotiating regulations: a cure for malaise*>>, *Georgetown Law Journal*, nº 71, 1.982, H. PERRITT, <<*Negotiated rulemaking before federal agencies: evaluation of recommendation by the Administrative Conference of the United States*>>, *Georgetown Law Journal*, nº 74, p. 1.625 y ss., 1.986 citados por J. DEL OLMO ALONSO, *El Procedimiento de Elaboración Negociada de los Reglamentos de los Estados Unidos*, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 52, septiembre-diciembre de 1.998, p. 400, como autores que habían propuesto la elaboración negociada de las normas como cura para muchos de los problemas de la actividad de elaboración de la legislación delegada.

De acuerdo con J. DEL OLMO ALONSO⁵⁶, el contenido esencial del procedimiento negociado de elaboración de las disposiciones dictadas en virtud de delegación del Legislativo responde al notable incremento existente en la actividad normativa del Gobierno desde la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo y se funda en la concurrencia de los caracteres que vienen apreciados en la Sección 2 de la *Negotiated Rulemaking Act* de 1.990.

Tales circunstancias se concretan, en primer lugar, en que las partes asumen en la elaboración no negociada posiciones usualmente encontradas y antagónicas. Y, en segundo lugar, en que el procedimiento trata de alcanzar los beneficios, derivados de una negociación directa que permita alcanzar y desarrollar un acuerdo respecto de una norma delegada, consistentes en :

- 1) Aumentar la aceptación y mejorar el contenido de las normas.
- 2) Hacer improbable que las partes afectadas se resistan al cumplimiento de la legislación secundaria o la cuestionen ante los tribunales.
- 3) Y, finalmente, acotar el periodo necesario para emitir la legislación delegada.

⁵⁶ J. DEL OLMO ALONSO, *El Procedimiento de Elaboración Negociada de los Reglamentos de los Estados Unidos*, Revista Vasca de Administración Pública, número 52, septiembre-diciembre de 1.998, pp. 404-409.

En el procedimiento para confeccionar negociadamente normas secundarias que dicte el Gobierno intervienen, en dos fases distintas, dos personas que hacen posible la realización de dicho procedimiento:

El <<convener>> o convocante que viene definido en la Sección 562.3) del Título V del U.S.C. como “persona que asiste imparcialmente a una agencia para determinar si la creación de una comisión para la elaboración negociada de disposiciones delegadas es factible y apropiada en la particular elaboración de una norma”.

Y el <<facilitator>> o mediador que viene definido en la Sección 562.4) del Título V del U.S.C. como “una persona que ayuda imparcialmente en las discusiones y negociaciones entre los miembros de una comisión para la elaboración negociada de las disposiciones delegadas para desarrollar la norma propuesta”.

Finalmente, ha de destacarse que de acuerdo con la Sección 563 del Título V del U.S.C. para determinar la necesidad de crear una comisión de elaboración de la legislación delegada se tendrá en cuenta, respecto de los interesados por la norma a elaborar: que exista un número limitado de intereses identificables que vayan a ser afectados; que exista una posibilidad razonable de constituir una comisión de composición equilibrada y que razonablemente puedan llegar a un acuerdo⁵⁷. La Agencia de Protección del Medio Ambiente, en la práctica, ha sido una de las Agencias que con mayor frecuencia ha percibido la concurrencia de tales requisitos para elegir el

⁵⁷ J. DEL OLMO ALONSO, *El Procedimiento de Elaboración Negociada de los Reglamentos de los Estados Unidos*, Revista Vasca de Administración Pública, número 52, septiembre-diciembre de 1.998, p. 413.

procedimiento de elaboración negociada en sus disposiciones dictadas en virtud de delegación legislativa.

3.-CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CARÁCTER DE LOS REGÍMENES CONTINENTAL Y ANGLOSAJÓN RELATIVOS A LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO.

El recorrido histórico efectuado por las dos grandes tradiciones jurídicas examinadas, la del Derecho Administrativo continental y la del *Public Law*, me permite concluir que la doctrina científica más moderna sigue realizando una división de la potestad reglamentaria del Gobierno en Derecho comparado atendiendo fundamentalmente a como sea su titularidad y ejercicio. En efecto, por una parte, las fuentes doctrinales consultadas mencionan la regulación de aquellos países que integran el Derecho continental europeo, tanto de carácter germánico como romano, en los que con diversos matices se afirma la existencia de un poder reglamentario del Gobierno por atribución constitucional. El Ejecutivo ejerce un poder normativo más modesto y de naturaleza diferente al del Legislativo para dictar disposiciones con las que ejecutar y completar las leyes y el resto del Ordenamiento jurídico. El ejercicio de los poderes reglamentarios ha de conectarse principalmente al desarrollo de una norma con rango legal, contando con una previa autorización de la misma, o bien actuarse de modo independiente para realizar una regulación autónoma en un ámbito no normado por una ley.

La evolución producida en los Derechos de los distintos países que componen la tradición del Derecho europeo continental para llegar al esquema general del poder reglamentario del Gobierno como poder subordinado a la

Ley ha sido diferente en cada Estado, siendo el resultado obviamente de la propia dinámica de la realidad política y social. En efecto en Francia, tras el triunfo de la Revolución de finales del siglo XVIII se afirman las ideas de la Ilustración y especialmente, en cuanto al tema objeto de estudio, de J.J. ROUSSEAU. Para el autor ginebrino, la Ley es la emanación de la voluntad general sobre un objeto común y, por lo tanto, no puede tratar casos individualizados. Y de dicha idea principal se derivan, como ya se ha indicado al inicio del Capítulo, dos importantes consecuencias para la categoría de los reglamentos del Gobierno:

1ª.- En primer lugar, la ley (la norma que trata sobre un objeto común) tiene que ser aprobada por el pueblo.

2ª.- En segundo término, la ley en exclusiva regula la totalidad de las situaciones de carácter general que incumben a los individuos lo que implica la completa desaparición de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

La Asamblea de representantes asume, por consiguiente, la totalidad del poder normativo (Constitución de 3 de septiembre de 1.791). Sin embargo, la necesidad de actuación del Gobierno impone la asunción *de facto* de importantes potestades normativas cuyo reflejo en las Constituciones posteriores se percibe exclusivamente respecto de los reglamentos de ejecución de las leyes a partir del periodo del Consulado (artículo 44 de la Constitución de 13-12-1.799).

Desde la III República, el ejercicio de las potestades normativas por el Ejecutivo francés excederá, con mucho, de la mera normativa de ejecución, consolidándose a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la realización

de una actividad reglamentaria independiente del Gobierno, así como la práctica de los decretos leyes. La IV República, a pesar de las intenciones de los constituyentes, se verá incapaz para alterar la tendencia histórica dirigida hacia el continuo crecimiento de las capacidades normativas del Ejecutivo, viéndose obligada a emplear tanto la técnica de los decretos-leyes como la de las leyes cuadro o marco, así como la técnica deslegalizadora.

Pero es con la aprobación de la V República, el 28 de septiembre de 1.958, cuando las potestades normativas del Gobierno francés alcanzan, por determinación constitucional (artículo 37.1), su máximo grado mediante el otorgamiento de un poder normativo autónomo a través de la técnica del Decreto.

La evolución jurisprudencial posterior del Consejo de Estado permite una interpretación del texto constitucional que lo aproxima más a su tradición histórica. Por una parte, mantiene que la ley puede abarcar ámbitos reservados por la Constitución al reglamento sin que ello determine necesariamente su inconstitucionalidad formal; por otra, afirma que los reglamentos autónomos se encuentran sometidos al principio de legalidad, en cuanto los mismos han de insertarse en el ordenamiento jurídico vigente.

El concepto de reglamento autónomo se aproxima, de este modo, al de reglamento independiente lo que permite volver a redefinir las categorías jurídicas de <<ley>> y <<reglamento> de acuerdo con consideraciones puramente formales y no en atención a las materias que regulan (al menos en términos generales). Así, en la actualidad para la doctrina francesa, la Ley constituye la norma primaria general en el sistema de fuentes del Derecho

mientras que el reglamento recupera su condición de norma secundaria general en todo subordinada a la Constitución, la ley y el resto del Ordenamiento jurídico.

De otro lado, en Alemania e Italia la evolución del régimen jurídico propio del reglamento adquiere caracteres propios. Se parte de la noción de reserva legal para designar aquella esfera propia de los súbditos que es la de la propiedad-libertad (*Freiheit und Eigentum*), de modo que la primera regulación de sus derechos y libertades exige una previa intervención parlamentaria. Respecto de este ámbito externo al Estado surge el Derecho, la norma jurídica, que es aquella norma que regula la relación entre dos personas distintas (el Estado y el ciudadano).

La organización interna del Estado, las relaciones entre los distintos órganos estatales y las relaciones especiales de sujeción constituyen, por el contrario, el ámbito propio del Monarca que queda al margen del Derecho. De ahí se deducen dos tipos diferentes de reglamentos:

a) Los reglamentos jurídicos o en *esecuzione delle leggi*;

b) Los reglamentos administrativos (Alemania) o los reglamentos de prerrogativa (Italia) que pueden ser declarados directamente por el Ejecutivo sin necesidad de un ley previa.

La paulatina consolidación a lo largo del siglo XX tanto en Alemania como en Italia de un Estado democrático de Derecho determina una evolución jurídica, posterior al término de la Primera Guerra Mundial, que acerca el

régimen de los reglamentos del Gobierno en ambos países al característico de la tradición histórica francesa. Así tras la Constitución de Weimar, en Alemania no existen ámbitos exclusivos del Poder Ejecutivo pero la doctrina de la reserva de ley continúa su vigencia. En Italia, por su parte, la Ley 100/1.926 de 31 de enero afianza la vigencia de las categorías generales de reglamentos ejecutivos, independientes y de organización, de acuerdo con los principios generales de supremacía y reserva de ley.

Tras la aprobación de la Constitución Italiana de 22 de diciembre de 1.947 y de la Ley Fundamental de Bonn de 22 de mayo de 1.949, se afirma en ambos Derechos definitivamente la supremacía general de la ley, de modo que las decisiones fundamentales las tome el legislador. En la República Federal Alemana, la tradicional reserva de ley en determinados ámbitos se orienta hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos y la separación entre el Gobierno y el Parlamento. Así, las reservas de ley previstas en la Constitución se transforman en <<reserva parlamentaria>>. Ya no se trata sólo de que exista una ley inicial sino que, además, es preciso que el propio Parlamento regule por sí mismo todo aquello que es esencial para la protección de los derechos fundamentales en relación con la materia reservada. Por otro lado, ante el silencio de la Constitución, parte de la doctrina germana defiende con fuerza la pervivencia de los reglamentos administrativos del Gobierno federal (*Verwaltungsverordnungen*) en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción lo que no excluye que la ley pueda, eventualmente, establecer limitaciones respecto de tales normas reglamentarias de carácter especial.

Finalmente, el examen realizado del Derecho continental europeo revela la escasa atención que ha merecido al Legislador la aprobación de un

procedimiento general para la elaboración de disposiciones generales. Así ocurre en efecto en Francia y en Alemania (en este último a pesar a la leyes de procedimiento aprobadas durante 1.977) de modo que en ambos regímenes jurídicos las reglas generales al respecto habían de deducirse de la labor realizada por la jurisprudencia. <<El privilegio de autotutela>> propio de la Administración determina una libertad de actuación que conlleva la ausencia de procedimiento, sobre todo en el ejercicio de la potestad normativa que no afecta a intereses individualmente identificables.

En el Derecho anglosajón, por su parte, si se exceptúa un poder residual del Rey en el Reino Unido para dictar *Orders*, la evolución histórica ha implicado una acumulación omnicomprendiva del poder normativo en la Asamblea legislativa.

La actuación normativa del Gobierno constituye, por regla general, el ejercicio de un poder *ad hoc* delegado por el Legislativo (*law-making power*). El Ejecutivo aprueba legislación delegada que sólo será válida en la medida en que se atenga a lo dispuesto en la ley delegante (ejercicio “*intra vires*” de los poderes delegados). Por dicha razón, la *delegated legislation* participa de la naturaleza jurídica propia de la legislación delegada del Derecho continental (constituye <<*legislation*>> elaborada por el Ejecutivo mediante la atribución de un poder singular por la Asamblea legislativa) pero, al mismo tiempo, tiene también caracteres que le asemejan a la normativa reglamentaria. En concreto cabe destacar como caracteres propios de la legislación delegada:

1.- La supremacía de la ley del Parlamento (especialmente claro está respecto de la ley de delegación), de modo que, en todo caso, constituye

normativa secundaria ya que en buena parte de los casos su contenido es el propio de una regulación de ejecución o desarrollo de una ley previa.

2.- La prohibición de subdelegación, esto es, de delegar los poderes recibidos por delegación.

3.- El sometimiento de la normativa dictada por el Ejecutivo a la jurisdicción ordinaria. La normativa secundaria sólo será válida en tanto en cuanto sea conforme con la ley de delegación.

4.- El procedimiento para su elaboración que se asimila en gran medida al previsto para la elaboración de las normas reglamentarias en el continente europeo.

En relación con este último punto, he de destacar la preocupación constante mostrada por el ordenamiento jurídico británico y el norteamericano por la mejora de los procedimientos de elaboración de la legislación delegada. En ambos Derechos, 1.946 constituye la fecha en la que, debido al desmesurado crecimiento que había tenido la normativa gubernamental especialmente durante las décadas precedentes, el Parlamento trata de racionalizar y sistematizar su elaboración (a través de la *Statutory Instruments Act* y la *Federal Administrative Procedure Act*). Sin embargo, la mejora constante de los procedimientos continúa posteriormente mediante la constitución de organismos específicos de expertos independientes (v.gr., el *Better Regulation Task Force* en el Reino Unido) o bien mediante la instauración de nuevos procedimientos participativos como el procedimiento negociado en los Estados Unidos de América.

En segundo lugar, los autores examinados abordan el análisis del Derecho anglosajón, con fundamentos doctrinales propios, que parte de una aplicación radical del principio de división de poderes para negar como regla general poderes reglamentarios al Ejecutivo. El ejercicio de poderes normativos por el Gobierno será consecuencia, exclusivamente de la delegación de los poderes legislativos del Parlamento, realizada mediante una atribución *ad hoc*. El fruto de la actividad normativa obtenida a partir de tal delegación es la denominada legislación delegada o *delegated legislation* que únicamente es válida en la medida en que su contenido sea conforme a la ley de delegación en virtud de la cual fue dictada.

Pues bien, en relación con el tema objeto de estudio, entiendo que nuestro Ordenamiento jurídico se integra en la tradición de Derecho continental examinada en la medida en que la Constitución vigente consagra la potestad reglamentaria del Gobierno ejercida, precisamente, para dictar los Reales Decretos reglamentarios. El Ejecutivo, en nuestro país, es titular de un poder reglamentario general, propio y de naturaleza jurídica distinta de la potestad legislativa del Estado conferida a las Cortes Generales (artículo 66 CE). Entronca además el Derecho español, desde inicios del siglo XIX, con la dogmática francesa elaborada en torno al reglamento del Gobierno a partir del periodo revolucionario del Consulado, definiéndolo como norma formal subordinada a la ley dictada para la ejecución de la misma como expresión de la voluntad popular.

CAPÍTULO IV

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL
CONSEJO DE MINISTROS EN ESPAÑA TRAS LA APROBACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.**

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN ESPAÑA TRAS LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

1.- DOCTRINA GENERAL SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: SU APLICACIÓN A LA PROPIA DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN.

A.- Origen y Concepto de la Potestad Reglamentaria.

B.- La justificación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

C.- Fundamento Jurídico de la potestad reglamentaria del Gobierno.

D.- Extensión de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

2.- LA COMPETENCIA ORIGINARIA DEL GOBIERNO PARA DICTAR REGLAMENTOS POR ATRIBUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

3.- EL ÓRGANO COMPETENTE PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DENTRO DEL PODER EJECUTIVO DEL ESTADO.

4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

5.- EL SOMETIMIENTO AL BLOQUE DE LEGALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.

Principales teorías sobre el alcance del principio de legalidad en relación con la posibilidad de ejercitar la potestad reglamentaria del Gobierno.

A.- Tesis de la necesidad general de una habilitación legal para todo ejercicio de la potestad reglamentaria.

B.- Tesis de la innecesariedad de habilitación legal salvo en los supuestos de reserva de ley.

C.- Tesis de la innecesariedad de habilitación exclusivamente para los reglamentos de organización.

a.- Doctrina de la ajuridicidad de los Reglamentos administrativos pues la creación de normas jurídicas exige la intervención de las Asambleas legislativas.

b.- Doctrinas que señalaron el ámbito de la reserva legal de intervención de acuerdo con el concepto de ley material.

c.- Doctrina de la materia reglamentaria por naturaleza.

d.- La innecesariedad de la habilitación legal para los Reglamentos de organización de conformidad con el artículo 97 CE.

D.- Tesis de la innecesariedad de habilitación legal para los reglamentos de ejecución de las Leyes.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN ESPAÑA TRAS LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

1.- DOCTRINA GENERAL SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: SU APLICACIÓN A LA PROPIA DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN.

A. Origen y Concepto de la Potestad Reglamentaria.

El poder manifiesta su presencia en la acción administrativa por la existencia de prerrogativas y el Derecho Administrativo se une, por ellas, al resto del Derecho Público, y en particular, al Derecho Constitucional puesto que la prerrogativa es también la expresión de la parte de soberanía del Estado atribuida al poder gubernamental¹. En nuestro Derecho, obviamente, la Constitución y en su desarrollo la Ley recoge la necesidad de atribuir potestades a la Administración para que ésta pueda actuar válidamente. Para E.

¹ P. WEIL, Catedrático de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de la Universidad de París, *Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, 2ª edición, p. 84. La 1ª edición original fue publicada bajo el título de *Le Droit Administratif*, en 1.964, por *Presses Universitaires de France*, número 1.152 de la colección *Que sais-je?* y fue traducida y editada en castellano por Taurus Ediciones en 1.966.

GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ², el sometimiento de la Administración pública al Ordenamiento jurídico otorga facultades de actuación, define sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa, por tanto, consiste en el ejercicio de un poder atribuido por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración simplemente no puede actuar.

En este mismo sentido, F. GARRIDO FALLA³ afirma que <<por lo que a nosotros respecta, hemos expuesto, desde el prólogo a la primera edición (1.958) de nuestro Tratado, que el Derecho Administrativo agrupa sus instituciones en torno a dos ideas, a la par antagónicas y complementarias: prerrogativa administrativa y garantía del particular. La primera coloca al titular en una situación de privilegio, pues implica el reconocimiento jurídico, a su favor, de una serie de medios que exorbitan el Derecho Privado, y que no poseen los particulares; es el sistema de las potestades administrativas. Pero, frente a la prerrogativa, el Derecho Administrativo consagra un contrapuesto sistema de garantías para el particular. Gracias a éste, el privilegio administrativo deja de ser arbitrio para convertirse en lógica de un Ordenamiento jurídico>>.

La legalidad, por consiguiente, apodera y habilita a la Administración Pública para su acción confiriéndole poderes de actuación. A este respecto, ha

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 5ª edición, Madrid, 1.989, pág. 440 y ss. En parecidos términos E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, 1.959. Obras citadas por J. M. TRAYTER, *La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria*, Poder Judicial, número 34, 1.994, p. 339.

³ F. GARRIDO FALLA, *Constitución y Administración*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 20, enero-marzo, 1.979, pp. 5 y 6.

de señalarse que las <<potestades>> junto con los <<derechos subjetivos>> delimitan el conjunto de situaciones jurídicas en que puede encontrarse el Estado y el individuo recíprocamente. Los dos conceptos se integran en la categoría genérica de <<poderees jurídicos>> de acuerdo con la famosa teoría formulada por SANTI ROMANO en 1.926 sobre los *poderees o potestades jurídicas* en su *Corso di Diritto Costituzionale*⁴.

Pues bien, el concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el de derecho subjetivo pues precisamente las notas que convienen a la potestad son las opuestas a las que caracterizan al derecho subjetivo. Así, tales caracteres pueden concretarse en los siguientes: la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del Ordenamiento. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una pretensión particular sino en la posibilidad de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber positivo o negativo sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad.

⁴ En est punto coinciden E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 443-444 y F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, 2.002, Madrid, pp. 522-523.

La potestad pues ocupa una situación preliminar respecto de la relación jurídica. Como afirma M. S. GIANNINI es el acto de ejercicio de la potestad el que da lugar al nacimiento de nuevas relaciones y situaciones jurídicas. Y la potestad consiste, por lo tanto, en un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados.

Por otra parte, ha de señalarse que el legislador cuenta con una amplia capacidad para determinar las condiciones en el ejercicio de una potestad determinada. Así, la Ley puede agotar todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, es decir, el cómo, el cuándo y en qué sentido ha de actuar la Administración. En este caso, nos encontramos en el supuesto de la configuración de potestades regladas donde sólo cabe una única solución justa por parte de la Administración, (v.gr., la edad de jubilación de un funcionario es a los 65 años, el recurso ordinario debe interponerse en el plazo de un mes, etc).

Asimismo, existe la posibilidad de que las Cortes Generales especifiquen en la norma atributiva alguno de los elementos de la decisión, pero no todos (por ejemplo, o bien determinará el cuándo, el cómo o en qué sentido se haya de actuar). En este caso, existe un margen de apreciación subjetiva por parte del Gobierno y la Administración pudiendo optar entre varias soluciones, todas ellas justas (por ejemplo, por dónde debe trazarse una carretera en un nuevo plan urbanístico, qué parcelas concretas van a ser expropiadas).

Como bien señala J.M. TRAYTER⁵, entre esas potestades de tipo discrecional destaca, con luz propia, la potestad reglamentaria, es decir, un poder atribuido a la Administración por el Ordenamiento para dictar normas jurídicas escritas y de carácter subordinado a la ley, cuyo contenido específico puede ser elegido. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ⁶, por su parte, califican el poder de dictar reglamentos como la potestad más intensa y grave de la Administración, en la medida que implica participar en la formación del Ordenamiento. En virtud de dicho poder, la Administración no es sólo un sujeto de Derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aun el de los demás.

Así pues, en relación con los Reales Decretos reglamentarios, puede afirmarse que la potestad reglamentaria permite al Gobierno participar de modo permanente en la formación del Ordenamiento jurídico del Estado, tarea principalmente encomendada a las Cortes Generales a través del ejercicio de la potestad legislativa (artículo 66.2 CE). Sin embargo, a pesar de su trascendencia, conviene indicar que la titularidad del poder de elaborar reglamentos por el Gobierno de la Nación representa solamente el ejercicio de una potestad administrativa por lo que su resultado se encuentra sometido tanto a controles administrativos como jurisdiccionales.

⁵ J.M. TRAYTER, *La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria*, Poder Judicial, número 34, junio, 1.994, p. 340.

⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 180.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el examen jurisprudencial realizado para la presente investigación, destaca esta cualidad superior de la potestad reglamentaria que faculta al Gobierno para participar en la elaboración del Ordenamiento jurídico. En este sentido, cabe destacar las Sentencias de 11 de diciembre de 1.991, F.J. 1 (Ar. 9.369), y 11 de junio de 1.992, F.J. 3 (Ar. 4.874). En concreto, la primera de las citadas (Ponente: E. ESCUSOL BARRA, Sección 4ª) declara:

“La potestad reglamentaria constituye un poder jurídico que participa en la elaboración del ordenamiento jurídico de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo. La potestad reglamentaria no es incondicionada, está sometida a la Constitución y al bloque de legalidad”

A pesar de lo que he afirmado hasta el momento, la atribución de un poder de dictar normas al Ejecutivo supone una contradicción con una interpretación ortodoxa del principio de división de poderes. En efecto, la concepción roussoniana de la Ley –mandato general por su origen (la voluntad general) y por su objeto (cosas que a todos interesan)- resulta incompatible con que el Gobierno dicte disposiciones generales. Únicamente el pueblo según J.J. ROUSSEAU, o sus representantes según la heterodoxia roussoniana, pueden decidir con consecuencias generales⁷. T.R. FERNÁNDEZ⁸ señala a este

⁷ J.M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e Inaplicación Judicial de los Reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, pp. 11-12.

⁸ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992, pp. 36 y 37. El autor sigue la tesis expuesta por M. VERPEAUX sobre el nacimiento de la potestad reglamentaria contenida en su obra titulada *La naissance du pouvoir réglementaire*.

respecto que, según la tesis tradicional, proclamada en el proceso revolucionario, el Parlamento hace las leyes en las que se expresa la voluntad general, el Ejecutivo las ejecuta y el Poder Judicial resuelve los litigios a los que inevitablemente puede dar lugar su aplicación.

Esta idea esencial, sin embargo, sólo ha vivido en estado puro en el mundo anglosajón, en el que por eso el poder reglamentario es siempre *delegated power*, que, aunque extenso hoy, sigue considerándose como una excepción. Una excepción, por lo demás, chocante y problemática, especialmente cuando se presenta no ya como el fruto de una delegación singular, sino como el producto estable e institucionalizado de un cuerpo administrativo creado por el propio Parlamento, que ejerce tal poder de forma habitual al amparo de una habilitación genérica contenida en la ley que le dio vida. Es el caso de las *Agencies* norteamericanas, surgidas a fines del siglo pasado para afrontar problemas concretos que se entendía que no podían ser eficazmente resueltos por los medios comunes y a las que el Congreso, al crearlas, dio el poder de hacer las normas que la regulación del sector que se les confiaba exigiera.

Por el contrario, en Francia que constituye, como hemos visto, el germen de la evolución constitucional que respecto de la regulación de la potestad reglamentaria se consolidará en España, desde un primer momento hubo partidarios en la Asamblea Constituyente de reconocer al Ejecutivo el poder de dictar reglamentos fuera de los periodos de sesiones. Pues bien, desde entonces, el poder reglamentario impulsado tanto por el apoyo de los defensores del principio <<monárquico>> como por la conveniencia práctica de favorecer la acción del Gobierno constituye en el Derecho Continental

europeo un poder tradicionalmente ejercido por éste. Ha prevalecido, por consiguiente, la tesis de que el poder reglamentario no es inherente al Ejecutivo sino que lo recibe del Legislador por otorgamiento, no por delegación.

He de señalar finalmente, que a pesar de que la doctrina mayoritaria emplea el concepto amplio de la potestad reglamentaria que vengo manejando, entendido como poder en virtud del cual el Gobierno y la Administración pública dictan disposiciones generales, existen autores que intentan delimitar una noción más estricta de la misma. En este sentido, A. EMBID IRUJO⁹ define la potestad reglamentaria, atendiendo a su objeto y procedimiento de elaboración, por contraposición con las potestades estatutaria, de planeamiento y presupuestaria aunque precise que todas ellas tienen como resultado normas contenedoras de preceptos jurídicos. Y sostiene el mencionado autor que a la definición de potestad reglamentaria han de incorporársele, por el contrario, las siguientes notas:

1.- Su atribución a muy distintas Administraciones Públicas.

2.- La posibilidad de engendrar normas, preceptos que se incorporen al Ordenamiento jurídico, que la diferencia de la actuación administrativa singular.

⁹ A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 80 y ss.

3.- Su ejercicio mediante un procedimiento específico lo que permite diferenciarla del ejercicio de las potestades estatutaria, presupuestaria y de planeamiento.

4.- El título jurídico, que justifica la existencia de la potestad reglamentaria, viene constituido por una atribución de la Constitución, los Estatutos de Autonomía o la ley.

Concluye el citado profesor que, de lo anterior, puede obtenerse el siguiente concepto estricto de potestad reglamentaria:

<<Poder típico de las Administraciones públicas conferido por la Constitución, Estatutos de Autonomía o Ley, dirigido específicamente a la creación de Derecho en el ámbito determinado por el ordenamiento jurídico y mediante un procedimiento especial también previsto en el ordenamiento>>.

En opinión de quien redacta estas líneas, la definición citada, no obstante su valor doctrinal, no coincide con la concepción formal de reglamento como norma jurídica que se integra en el sistema de fuentes del Derecho. La potestad reglamentaria como la que atribuye la Constitución al Gobierno de la Nación se configura, en consecuencia, como el poder de dictar normas jurídicas con valor subordinado a Ley sin que quepa hacer distinciones por razón de la materia sobre la que recaen o por el procedimiento específico de elaboración de las mismas.

B.- La justificación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

F. GARRIDO FALLA¹⁰, pensando principalmente en el Gobierno de la Nación, expone, como razones que justifican la potestad reglamentaria, las siguientes: 1ª) La composición política y no técnica de las Cámaras legislativas que determina que las mismas no sean idóneas para la confección de los reglamentos. 2ª) La gran movilidad de las normas administrativas, que exige que éstas no tengan el rango formal que la ley comporta, lo que facilita su derogación y sustitución por otras. 3ª) La amplia esfera discrecional del Poder Ejecutivo, que determina la conveniencia de que la propia Administración se autolimita dictando reglamentos. 4ª) La oportunidad de atribuir determinadas materias al Poder Ejecutivo para que las reglamente, supuesto que el legislador no puede preverlo todo.

A. EMBID IRUJO¹¹, por su parte, destaca la revalorización e importancia actual de la potestad reglamentaria, señalando en lo que respecta al objeto de estudio de la presente tesis doctoral, es decir, a la potestad reglamentaria del Gobierno, las siguientes notas que expresan su relevancia en el sistema de fuentes del Derecho:

¹⁰ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 271.

¹¹ A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 85.

1.- La fundamentación constitucional expresa de la potestad reglamentaria de la Administración del Estado.

2.- La afirmación en la jurisprudencia constitucional, aun con vacilaciones, de la legitimidad del reglamento para concretar lo que se entienda como <<básico>> en el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

3.- La crisis del parlamentarismo y, por tanto, de la ley, y el papel a cumplir por el reglamento para rellenar las insuficiencias y lagunas del Legislativo.

4.- Muy relacionada con el punto anterior es la evidente constatación de que muchas leyes son inaplicables en tanto en cuanto no se dicta su correspondiente reglamento.

5.- Y, finalmente, la admisión por la jurisprudencia del reglamento como norma hábil a los efectos de delimitación adjetiva de los tipos penales.

Las afirmaciones recogidas muestran con evidencia no sólo la vigencia de la potestad normativa del Ejecutivo sino incluso su carácter necesario en la aplicación práctica del Derecho. En relación con esta consideración merece la pena recoger dos ideas más que explicitan, claramente, tanto el sentido actual de la potestad reglamentaria en las democracias parlamentarias occidentales como el interés último al que responde el debate doctrinal sobre su alcance. En primer lugar, como señala F. OSSENBÜHL, ha de reconocerse que tras la segunda guerra mundial, la Administración pública puede ser ya considerada

como una función democráticamente legitimada y que, por tanto, la potestad reglamentaria debe calificarse como una actividad pública ordinaria, no intrínsecamente perversa ni nociva. Más aún, en un Estado social que es más un Estado administrativo que legislativo, y en el que la eficacia del poder público es algo positivamente valorado, el reglamento, norma mucho más ágil y polivalente que la ley, tiende a convertirse en un instrumento necesario y aún benéfico¹². Y, en segundo término, ha de destacarse que el carácter restrictivo con el que los textos constitucionales han reconocido la potestad reglamentaria, a pesar de que la intensa actividad normativa que el Ejecutivo ha venido ejerciendo tradicionalmente, se funda siempre, en última instancia, en una opción política, en un problema de poder¹³.

C.- Fundamento Jurídico de la potestad reglamentaria del Gobierno.

Analizada la justificación material de la potestad reglamentaria del Gobierno, procedo a examinar el fundamento jurídico de la misma. A este respecto, y siguiendo al profesor F. GARRIDO FALLA¹⁴, he de señalar que, en

¹² J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Volumen I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Volumen I, Madrid, 1.988, p. 713. Vid. igualmente J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000, (1ª reimpresión 2.001), pp. 310-311.

¹³ En relación con esta idea vid. T.R. FERNÁNDEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992, pp. 40 y 41. El autor señala que la extensión de la potestad reglamentaria no es un problema de elaboración ya que, en cualquier caso, Ley o Reglamento tienen un mismo origen en los gabinetes de estudio y centros de decisión de la Administración. La opción es siempre política y tiene que ver la más de la veces con el afán del Ejecutivo de reservarse una libertad adicional de maniobra, de no quedar atado por el texto legal, de retener una cuota de discrecionalidad mayor.

¹⁴ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, 2.002, p. 271. Las tesis mencionadas se encuentran también recogidas en J. M. BOQUERA OLIVER, *Los órganos estatales titulares del poder reglamentario*, Revista de Administración Pública, número 47, mayo-agosto, 1.965. En dicha fecha, se alude, además, como 3º tesis justificativa de la potestad reglamentaria a la Teoría

cuanto al título jurídico en virtud del cual el Ejecutivo nacional dicta reglamentos, los diversos ordenamientos suelen inspirarse en uno de estos dos principios: el principio de la delegación del poder legislativo y el principio de los poderes propios de la Administración (entendido éste último en el sentido de que el Gobierno ejerce potestades administrativas).

1.- Para la tesis de la delegación de poderes, la potestad reglamentaria debe concebirse como verdadera legislación, por lo que, en principio, debe estar atribuida al Poder Legislativo; sólo una delegación del Parlamento al Ejecutivo puede explicar que aparezca en manos de la Administración. Realmente admitir este fundamento determinaría necesariamente la confusión de los reglamentos administrativos con la legislación delegada, y esta es cabalmente la razón de que así suceda en los países que en tal principio se inspiran.

Entre los partidarios de la citada teoría destaca E. GARCÍA DE ENTERRÍA quien mantenía, respecto del régimen político anterior, que <<en nuestro sistema constitucional falta una atribución explícita de potestad reglamentaria a la Administración, debiendo imputarse a una norma consuetudinaria aceptada por la tradición secular del régimen administrativo; la referencia de las leyes ordinarias a esta potestad reglamentaria es meramente regulativa de ese principio general, cuyo rango constitucional es evidente>>. Una vez publicada la Constitución de 27 de diciembre de 1.978, el citado profesor, en su *Curso de Derecho Administrativo*, afirma que la Administración no puede

del poder reglamentario como otorgado a la Administración que, según señala, se recoge en toda la historia del reglamento desde la Revolución francesa y posteriormente en España, pp. 84-90.

ejercitar más potestades que aquéllas que efectivamente le han sido concedidas. Pues bien, si ésta detenta un poder reglamentario independiente es porque se lo ha otorgado la Constitución, como G. ZANOBINI ya observó en un trabajo clásico. La existencia de un poder de participación en la elaboración del Ordenamiento jurídico, la definición de una <<fuente>> de Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del Legislativo es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional¹⁵. Y concreta dicha atribución en lo que respecta a la Constitución española de 1.978 en el artículo 97 en virtud del cual <<el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes>>.

2.- La tesis de los poderes propios, por el contrario, engloba a cuantas posturas doctrinales estiman que la potestad reglamentaria supone de suyo el ejercicio de poderes propios de la Administración pública, es decir, de poderes que dimanen de su propia naturaleza. Y el Consejo de Ministros, aunque no es Administración pública, sí ejerce potestades administrativas por mandato constitucional.

La explicación concreta varía de unos a otros; así hay quien entiende que tales poderes son la consecuencia del carácter institucional de la Administración pública, que ofrece todas las cualidades de un verdadero <<ordenamiento jurídico>> (SANTI ROMANO); o bien que es la consecuencia de la discrecionalidad administrativa, pues <<lo que una autoridad puede ordenar o prohibir en cada caso particular, puede ordenarlo o prohibirlo, en general, para todos los casos semejantes en el futuro>> (R. GNEIST); o porque se entiende que ni las tareas propias de la Administración ni del Gobierno

¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso Contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, Revista de Administración Pública, número 92, 1.959, p. 164; y *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002. pp. 184-185.

podrían llevarse a cabo sin *imperium*, siendo la potestad reglamentaria la más genuina manifestación de éste (M. HAURIOU). Pero en cualquier caso, la conclusión práctica a que se llega es la misma: sin necesidad de una especial delegación del Poder Legislativo, la <<Administración>> cuenta, por atribución propia, con la potestad reglamentaria.

F. GARRIDO FALLA, partiendo de dicha teoría, destaca que la Constitución española al atribuir al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria adopta decididamente la tesis de <<los poderes propios>> de la Administración; lo que, por lo demás, entiende que zanja la polémica cuestión sobre la vinculación positiva (*positive Bindung*) o negativa (*negative Bindung*) de la Administración a la ley, al menos en este tema, la Administración podrá dictar disposiciones sin necesidad de expresa habilitación legislativa, aunque, claro está, respetando los límites propios de la potestad reglamentaria. Por consiguiente, no niega que exista una previa decisión constitucional de atribución aunque concluye que la Administración ostenta la potestad reglamentaria como poder propio.

Quien escribe estas líneas considera que la Constitución española de 1.978, en la medida en que constituye una ordenación inicial de los Poderes del Estado como expresión de la soberanía popular, realizó efectivamente el otorgamiento de un poder reglamentario al Ejecutivo. Por consiguiente, el Gobierno de la Nación ostenta la potestad reglamentaria por decisión del Poder Constituyente, por atribución constitucional, coincidiendo por lo tanto, en su origen, con el del resto de las potestades otorgadas a los distintos poderes constitucionales, así v.gr. las Cortes Generales (artículo 66.2 CE) y el

Poder Judicial (art. 117.1 CE)¹⁶. Y dicha atribución se realiza directamente al Ejecutivo nacional en el ya citado artículo 97 CE.

D.- Extensión de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

Una cuestión capital en el estudio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo lo constituye la determinación de su extensión horizontal, pretendiendo determinar con ello, principalmente, si existen sectores del Ordenamiento jurídico que quedan excluidos <<*ab initio*>> del reglamento, al menos, del reglamento independiente. Se trata en este apartado exclusivamente de abordar con brevedad el tema apuntado, a los efectos ofrecer una exposición completa de la potestad reglamentaria del Gobierno, (y más concretamente del órgano que expresa la voluntad de todos sus miembros, el Consejo de Ministros) difiriendo su estudio en profundidad al Capítulo relativo a <<los reglamentos del Gobierno en el sistema de fuentes del Derecho vigente tras la Constitución Española de 1.978>>. Pues bien, a este respecto, he de señalar que parece existir conformidad en la doctrina en destacar que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno en su conjunto una potestad reglamentaria que cabe calificar de genérica, en el sentido de facultarle de modo permanente para completar el Ordenamiento jurídico sin necesidad de obtener una habilitación específica de la ley para

¹⁶ J.M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e Inaplicación Judicial de los Reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, pp. 13-14; J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 87, 1.987, p. 161 y ss; así como M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 88, 1.979, p. 128 y ss., se muestran partidarios de la tesis de la atribución constitucional de la potestad reglamentaria.

todos los casos. Ahora, bien no existe conformidad en si de tal atribución de poderes normativos haya de deducirse la existencia de un terreno <<natural>> o <<apropiado>> en que esa potestad queda materialmente adscrita o confirmada y si, además, existe una cláusula general en virtud de la cual la regulación de un sector entero de la realidad jurídica queda sustraída salvo en casos puntuales a todas las normas distintas de la ley.

Para un sector destacado de la doctrina científica¹⁷, tras la aprobación de la Constitución española de 1.978, el ámbito de la potestad reglamentaria es esencialmente residual. La <<Administración>> (entendida como la totalidad de los órganos que integran el Poder Ejecutivo) sólo podrá dictar de modo independiente reglamentos en aquellas materias ni reservadas por la Constitución a la ley (reserva material) ni ya reguladas por la ley (reserva formal) salvo que exista remisión de la ley al reglamento.

Otro sector doctrinal entiende que es la ley la que ha de establecer las determinaciones esenciales, el núcleo del régimen jurídico, en todo caso. Por tanto, es la ley y no el reglamento la única fuente posible de aquellas normas que implican una <<sujeción general>> de los ciudadanos, o que está reservado a la ley todo cuanto atañe a la libertad y propiedad de los ciudadanos¹⁸. La potestad reglamentaria autónoma quedaría así restringida a la organización administrativa, las relaciones de supremacía especial y los

¹⁷ J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 87, 1.978, p. 188; J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 116, mayo-agosto, 1.988, pp. 68-69.

¹⁸ A. GARRORENA, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid, 1.980, pág. 103 y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 4ª edición, Madrid, 1.983, pp. 244-249 citados por F. RUBIO LLORENTE, *Principio de legalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, septiembre-diciembre, 1.993, p. 27.

servicios públicos en la medida en que no inciden sobre la esfera jurídica de los ciudadanos. Paralelamente, el reglamento quedaría excluido con carácter general en la regulación del Derecho privado y de los derechos fundamentales.

Existen autores, sin embargo, que niegan abiertamente la tesis de una <<reserva general sobre la libertad y la propiedad de los ciudadanos>> deducida de la tendencia que manifiesta la Constitución a reservar a la ley los contenidos más relevantes del orden jurídico, y fundamentada, en consecuencia, en una interpretación generalizadora de las reservas legales expresamente formuladas al entender que carece de apoyo constitucional. Dicha posición doctrinal indica, no obstante, que el examen de la jurisprudencia ordinaria en este punto arroja resultados claramente indecisorios, apreciándose pronunciamientos contradictorios que se suceden en el tiempo sin ofrecer razones del apartamiento de la tesis contraria. Así, y en sentido favorable a la inexistencia de un ámbito interno o doméstico de ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Gobierno mencionan la Sentencia de 2 de diciembre de 1.986 (Ar. 7.103) mientras que, en la dirección opuesta, se cita la Sentencia de 26 de octubre de 1.978 (Ar. 6.915), que insiste en la idea de que, <<respecto de la imposición de obligaciones y establecimientos de derechos, el Reglamento actúa exclusivamente como complemento de la ley para ejecutarla o desarrollarla>>¹⁹. A mi entender, aunque es cierto que no existe una proscripción constitucional del reglamento independiente en determinados ámbitos, no cabe sin embargo desconocer <<la amplitud>> que las reservas materiales de ley tienen en la Constitución en

¹⁹ F. VALDÉS DAL-RE, *La potestad reglamentaria en el Ordenamiento Laboral*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 26, mayo-agosto, 1.989, pp. 55 y 56.

determinados sectores del Ordenamiento, así, v.gr., en el artículo 53.1 de la CE. En consecuencia, respecto de tales sectores del Ordenamiento jurídico debe negarse una regulación independiente del Ejecutivo.

2.- LA COMPETENCIA ORIGINARIA DEL GOBIERNO PARA DICTAR REGLAMENTOS POR ATRIBUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

Para el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA²⁰, la existencia de un poder de participación en la elaboración del Ordenamiento, la definición de una “fuente” de Derecho tan relevante como el reglamento es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional, pero aun si la Constitución nada precisase habría que explicar la titularidad del poder reglamentario del Ejecutivo en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca. La misma idea de atribución constitucional de un poder al Gobierno, como ya he apuntado, está presente en F. GARRIDO FALLA quien, no obstante, llega a la conclusión de que dicha atribución confiere poderes propios a la Administración para dictar reglamentos, lo que le exime de obtener necesariamente una previa habilitación legal en todo caso.

El Consejo de Estado en su Dictamen 2.081/95, Sección 7ª, de 19 de octubre de 1.995 (Rec. 398), Consideración 2ª, mantiene igualmente que el Gobierno es el titular “originario” de la potestad reglamentaria, lo que no

²⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.984, p. 188. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 272.

obsta para que otros órganos puedan dictar normas reglamentarias siempre que tengan habilitación legal o incluso reglamentaria suficiente. En efecto, conviene precisar que, como más adelante se expondrá, <<el artículo 97 CE no prohíbe que una ley pueda otorgar a los Ministros o a los Organismos Autónomos el ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter derivado o los habilite para dictar disposiciones reglamentarias concretas actuando y ordenando su ejercicio>> (Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1.995 de 14 de diciembre, FF.JJ. 6.C) y D); Ponente: C. VIVES PI-SUNYER).

La idea de la potestad reglamentaria como poder propio del Gobierno viene recogida en alguna de las Resoluciones judiciales examinadas²¹. En concreto, la Sentencia de 1 de octubre de 1.997, Sección 3ª (Ar. 7.789. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 4ª declara:

“El fundamento jurídico de la potestad reglamentaria ha de basarse en el artículo 97 CE, precepto que contempla la potestad reglamentaria como el ejercicio por la Administración de poderes propios: ello explica la existencia de tres tipos de reglamentos a que se ha hecho mención en el anterior apartado de este fundamento de Derecho, [*reglamentos secundum legem, praeterlegem o extralegem y de necesidad*]”

²¹ En la Sentencia de 23 de octubre de 1.989, Sección 3ª (Ar. 7.233. Ponente: J.M. RUIZ-JARABO FERRÁN), FF.JJ. 2 y 3, la idea está implícita al aludir al ejercicio independiente de la potestad reglamentaria que al Gobierno compete en el art. 97 CE. B. COLOM PASTOR, *Reglamento Independiente y potestad reglamentaria: Cinco años de experiencia constitucional*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 40-41, 1.984, p. 239 cita una Sentencia de la antigua Sala 4ª de 10 de diciembre de 1.982 (Ar. 7955. Ponente: P. MARTÍN MARTÍN) que reconoce la atribución constitucional al Gobierno de una potestad reglamentaria genérica distinta de la mera ejecución. En concreto, dicha Sentencia declara: <<Que en el vigente Derecho español el Consejo de Ministros y éstos mismos tienen atribuida una potestad reglamentaria genérica distinta de la mera ejecución de las leyes- arts. 14,3 de la Ley de Régimen Jurídico, 97 y 106 de la Constitución-, no siendo ejecutivos de las leyes aquellos reglamentos dictados en el ejercicio de esa potestad reglamentaria genérica y denominados “independientes” autónomos o *praeter legem*, que si bien han de respetar el “bloqueo de legalidad formal” no están, sin embargo, sujetos preceptivamente al control del Consejo de Estado...>>.

De acuerdo con la indicada Resolución judicial, es el artículo 97 del texto constitucional el fundamento mismo de la consideración de la potestad reglamentaria como un poder propio de la <<Administración>> pública, concepto que en el presente caso se encuentra utilizado de modo impropio, para referirse al Gobierno que constituye, como a continuación explico, la cúspide del Poder Ejecutivo.

En relación con dicha cuestión, he de señalar que para F. GARRIDO FALLA²² la expresión que utiliza la Constitución al señalar que <<el Gobierno...ejerce...la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes>> apuntala a nivel constitucional uno de los temas más discutidos de la doctrina administrativa como es el carácter administrativo de la potestad reglamentaria y su titularidad por el Gobierno de la Nación. Expone al respecto el mencionado autor, intentando clarificar el tema citado, que:

1) El Gobierno realiza simultáneamente la función política y la función administrativa.

²² F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 61-62.

- 2) Cuando ejercita la potestad reglamentaria (a diferencia de cuando dicta Decretos-leyes o Decretos legislativos) realiza una función administrativa.
- 3) Que si el Gobierno administra es porque, al menos, en cuanto hace tal, forma parte de la Administración, constituyendo cabalmente el vértice de la pirámide (y de aquí, la expresión constitucional la <<dirige>> del artículo 97 CE).
- 4) Que si el Gobierno hace más que administrar, al menos, en cuanto tal, está fuera de la Administración y eso es cosa distinta de ella.
- 5) Y que orgánicamente, la suma de Gobierno y Administración, constituye el Poder Ejecutivo.

Dicho lo cual, entiendo que sólo queda añadir -confirmando el carácter administrativo de los Reales Decretos del Gobierno- que estas normas ocupan un lugar subordinado en la jerarquía de fuentes (el primer escalón dentro de las normas reglamentarias) , subrayándose su sumisión a <<la Constitución y las leyes>> (art. 97, *in fine* CE) y los principios generales del Derecho y, por consiguiente, la posibilidad de control por los Tribunales (art. 106 CE). Esta atribución se recoge en el artículo 5.1.h) de la Ley del Gobierno conforme al cual:

Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno le corresponde aprobar los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las

leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.

El artículo 25.a) de la LG especifica, en cuanto al rango de las resoluciones que aprueban los reglamentos del Gobierno en pleno, que adoptarán la forma de Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros. Y por dicha razón, debe distinguirse entre el Real Decreto como resolución del Gobierno y su contenido, al que aquél otorga validez jurídica, y que tanto puede ser un reglamento como un acto individual.

El análisis sobre la posición constitucional del Gobierno, en cuanto cabeza del Poder Ejecutivo –uno de los tres Poderes contemplados en la Constitución aunque directamente sólo denomine como tal al Poder Judicial (rótulo del Título VI CE)-, debe completarse con las precisiones que sobre el mismo establece la vigente Ley 50/1.997 de 27 de noviembre que define en la Exposición de Motivos y en su artículo 1 al Gobierno como órgano complejo que se reúne en Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas y que se compone del Presidente, el Vicepresidente, en su caso, y los Ministros. La atribución de poder que realiza el texto constitucional, por lo tanto, opera a favor del Gobierno en su conjunto y no de cada uno de sus miembros individualmente considerados que sólo pueden ostentarla por delegación de ley.

Pero, al mismo tiempo, conviene examinar la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado 6/1.997 de 14 de abril para ver qué órganos del Gobierno forman parte de la estructura de la

Administración del Estado. Pues bien, a este respecto, el artículo 6.2 LOFAGE establece que son órganos superiores de la organización central de la Administración General del Estado:

- a) Los Ministros.
- b) Los Secretarios de Estado.

En consecuencia, el Gobierno como tal, en cuanto órgano complejo que actúa en pleno a través del Consejo de Ministros, no forma parte de la Administración General del Estado. El Gobierno dirige la Administración pública, ejerciendo principalmente la potestad de mando y la potestad reglamentaria. Constituye, por consiguiente, un órgano esencialmente político (<<dirige la política interior y exterior y la defensa del Estado>> establece el artículo 97 CE), que ejerce potestades administrativas (<<ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria>> según el mismo artículo de la CE) y, en cuanto tal, es fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los Ministros, por el contrario, que sí forman parte del Gobierno (artículos 98.1 CE y 5.2 LG), constituyen los órganos superiores de la Administración central del Estado (artículo 6.2 LOFAGE). En ellos, por lo tanto, concurre la doble condición de miembros del Gobierno y órganos de la Administración y, en cuanto tales, ejercen competencias políticas y administrativas.

A. EMBID IRUJO²³, por su parte, destaca que la mención constitucional fundamental es a la potestad reglamentaria del Gobierno. Las potestades reglamentarias de otras Administraciones territoriales, aun implícitas en la Constitución, tienen un reconocimiento más concreto a nivel del Estatuto de Autonomía respectivo, la Ley de Bases de Régimen Local; la ley específica de su creación respecto de las Administraciones independientes (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores) y, para los Colegios Profesionales, la Ley de Colegios Profesionales 2/1.974 de 13 de febrero (artículos 6 y 36). La Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1.999 de 13 de diciembre (Ponente: P.M. CHACHÓN VILLAR) en su F.J. 3º precisa en este punto que <<la titularidad del Gobierno de la Nación en materias de competencia estatal no merma la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas>>.

Además, entiende A. EMBID IRUJO que el artículo 97 CE informa que no es la Administración el sujeto titular de la potestad reglamentaria sino el Gobierno. Dicha mención sirve, según el citado autor, para desvincular el reglamento de un mero carácter ejecutor de la Ley, no innovador y, a la vez, para conectar al reglamento con la Constitución, resaltando la innecesariedad

²³ A. EMBID IRUJO, *Potestad reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, pp. 90-92. La argumentación del citado autor resulta, sin embargo, contradicha por el artículo 153. c) CE que alude expresamente a las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas a los efectos de su control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

de que la Ley proceda a atribuciones concretas de potestad reglamentaria para que ésta exista. A su vez, hablar del Gobierno equivale a referirse a un órgano constitucional que goza de propia legitimación democrática -aunque proceda de un <<mandato indirecto>>- y que, por tanto, puede revestir a los productos de su actuación -en este caso los reglamentos- también de su propia legitimación democrática.

3.- EL ÓRGANO COMPETENTE PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DENTRO DEL PODER EJECUTIVO DEL ESTADO.

La determinación de cuál sea el órgano competente para el ejercicio de la potestad reglamentaria exige analizar, aunque sea someramente, la composición del Gobierno, órgano complejo, como ya he señalado, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre. Pues bien, en este punto J. PEMÁN GAVÍN²⁴ distingue dentro del Gobierno los siguientes órganos:

- 1) Órganos colegiados: el Consejo de Ministros.
- 2) Órganos individuales: el Primer Ministro, el Vicepresidente o Vicepresidentes, y los Ministros sin cartera.

El Gobierno cuenta a su vez con órganos de colaboración y apoyo como son (Capítulo II del Título I) los Secretarios de Estado (art. 7), la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios (art. 8), el Secretario del Gobierno (art. 9) y los distintos Gabinetes (art. 10).

²⁴ J. PEMÁN GAVÍN, *Ámbito*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 60.

En cambio, el citado autor entiende que no son órganos del Gobierno las Comisiones Delegadas, órganos aptos para desconcentrar en ellos funciones que afectan a más de un Ministerio, y los Ministros que son elementos que integran el Consejo de Ministros. Disiento, sin embargo, de ésta última afirmación que carece de base legal alguna. En efecto, la Ley del Gobierno, por el contrario, afirma en su artículo 1.2 que <<el Gobierno se compone del Presidente, el Vicepresidente, en su caso, y los Ministros>>, dedicando el artículo 4 a las funciones que corresponden a los Ministros dentro del Capítulo I del Título I que se titula <<Del Gobierno, su composición, organización y funciones>>. Los Ministros, por lo tanto, son miembros del Gobierno, constituyendo órganos individuales del mismo.

Mi opinión coincide, por lo demás, con la posición tradicionalmente mantenida por M. BAENA DEL ALCÁZAR²⁵ quien examinando la Constitución Española de 1.978 sostiene que el Gobierno está compuesto por el Presidente, los Vicepresidentes, los Ministros y otros miembros que establezca la ley, posibilidad ésta última que por el momento continúa inédita. Asimismo, sostiene, por una parte, que los Ministerios, desde la época liberal, actúan como instrumento vertebral de conexión con el Gobierno de los grandes conjuntos orgánicos administrativos. Y, por otra, que los Departamentos desempeñan un papel muy importante en la adopción y calificación de la decisión política, en especial la zona central de altos cargos que están en conexión inmediata con el Ministro respectivo.

²⁵ M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Instituciones Administrativas*, Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid, 1.992, pp. 58 y 81.

De esta exposición cabe extraer la conclusión de que la atribución de la potestad reglamentaria que realiza el artículo 97 CE se hace al Gobierno en su conjunto, es decir, al órgano complejo cuyos componentes se reúnen en su totalidad en el Consejo de Ministros y no a cada uno de los miembros ordinarios del mismo, esto es, a los Ministros que en cuanto tales constituyen también órganos superiores de la Administración General del Estado junto con los Secretarios de Estado (artículo 6.2.a) LOFAGE). Pues bien, partiendo de esta idea inicial, la doctrina científica mayoritariamente²⁶ hace un análisis sobre los órganos competentes de la potestad reglamentaria del Estado que se concreta en los siguientes términos:

La solución pasa por una división conceptual de la potestad reglamentaria entre potestad reglamentaria originaria que es la proveniente directamente de la Constitución y que está atribuida al Gobierno y la potestad reglamentaria derivada, la de los Ministros, que precisa para su existencia de una habilitación expresa en la ley o en el reglamento del propio Gobierno.

El planteamiento señalado ha sido recogido por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de 23 de enero de 1.990 (Ar. 406. Ponente: A.A. LLORENTE CALAMA), F.J. 4º, que refiriéndose a la normativa

²⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, 2.002, p. 189. A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 94. J. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, p. 755. M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, enero-abril, 1.979, p. 114.

anterior a la LOFAGE, expone la potestad reglamentaria de la Administración General del Estado en los siguientes términos:

“La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas tiene su fundamento directo en la Constitución cuyo artículo 97 configura al Gobierno de la Nación como titular originario de aquélla en la esfera estatal. La norma constitucional citada no significa que el resto de los órganos administrativos, jerárquicamente escalonados, no participe de tal potestad reglamentaria, cuyo esquema se encuentra diseñado en la LRJAE.

1) Se reserva al Consejo de Ministros la facultad de proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de la Leyes, previo dictamen del Consejo de Estado (art. 10.6).2) Los Ministros pueden ejercer la potestad reglamentaria autónoma en la cual se distingue: a) Reglamentos *ad intra* con fines estrictamente organizativos, y b) Reglamentos independientes en el marco de relaciones especiales de sujeción.”

La mencionada Sentencia de 23 de enero de 1.990 destaca como la potestad reglamentaria originaria del Gobierno se expresa preferentemente en la ejecución general de las leyes. Pero, además, expone que los Ministros pueden ejercer la potestad reglamentaria “de modo autónomo”, doctrina que como análisis a continuación resulta en la actualidad muy cuestionable en una interpretación sistemática tanto del artículo 97 CE como de las leyes que le sirven de desarrollo en el tema analizado: la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado 6/1.997 de 14 abril y la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre.

En efecto, en el anterior apartado he examinado la potestad originaria del Gobierno en su conjunto lo que, salvo las excepciones que especifiquen las leyes, se identifica con la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros. En esta sección voy a realizar una breve exposición del poder normativo que ostentan los demás órganos del Gobierno para obtener así una visión global de la potestad reglamentaria de dicho <<órgano complejo>> (como lo define la Exposición de Motivos de la Ley 50/1.997) si bien el objeto de la presente investigación se centra exclusivamente en la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros y su control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo tanto, voy a proceder a examinar la potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno como órgano individual y directivo del mismo y la de sus componentes ordinarios, es decir, los Ministros.

Respecto del Presidente del Gobierno, siguiendo a J. M. PORRAS RAMÍREZ²⁷, la normativa existente –constituida por las Leyes 6/97 y 50/97– pone a su disposición un conjunto de medios que hasta 1.997, además de resultar insuficientes, no se hacían derivar de su capacidad propia sino esencialmente de su condición de Presidente del Consejo de Ministros. En esta solución había influido la existencia en la Constitución de un expreso llamamiento a la ley en lo que afecta a la determinación de la composición y estructura del órgano gubernamental (art. 98.1 CE) que, por lo demás, responde a la genérica exigencia del artículo 103.2 CE según el cual <<los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados

²⁷ J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Función de Dirección Política y Potestad Reglamentaria del Presidente del Gobierno, de acuerdo con la Ley 50/1.997, de 27 de noviembre*, Revista de Administración Pública, número 116, mayo-agosto, 1.998, p. 354.

de acuerdo con la ley>>. Pues bien, esta llamada a la Ley no cierra la posibilidad de un poder de organización atribuido al Presidente del Gobierno dentro del marco constitucional y legalmente establecido, constituyendo lo que la doctrina italiana denomina una <<reserva relativa de ley>>²⁸.

La ley, por el contrario, deja al Gobierno y a su Presidente, el goce de una amplia capacidad de disposición dentro de ese marco, habilitándole para emanar a tal efecto las normas de autoorganización que estime más convenientes. Ello no obstante, el artículo 11 de la Ley de Organización de la Administración Central del Estado 10/1.983 de 16 de agosto atribuyó a la ley la competencia de creación, modificación y supresión de los Departamentos ministeriales, estableciendo de partida una lista cerrada de quince Ministerios, enumerados en el artículo 1.2.

Debido a los problemas que originaba la modificación ordinaria del esquema ministerial inicial por la vía legislativa, se optó por suspender la vigencia del citado art. 1.2 mediante el artículo 70 de la Ley 46/1.985 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.986, precepto que ha venido reiterándose hasta 1.994. En la actualidad, la Ley remite de modo permanente al Presidente del Gobierno la determinación de la estructura ministerial. Dicha modificación unida a la atribución a éste de funciones que venían siendo ejercidas por el Consejo de Ministros lograron posibilitar una efectiva ampliación de la potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno

²⁸ R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1.988, p. 178 y ss. J.M. BAÑO LEÓN, *Los Límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1.978)*, Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 135. F. BALAGUER CALLEJO, *Fuentes de Derecho, Vol. II*, Tecnos, Madrid, 1.992, p. 104 y ss. citados por J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Función de Dirección Política y Potestad Reglamentaria del Presidente del Gobierno, de acuerdo con la Ley 50/1.997, de 27 de noviembre*, Revista de Administración Pública, número 46, mayo-agosto, 1.998, p. 354.

en materias anteriormente reservadas a la ley o a la decisión del órgano colegial del Gobierno. Las principales facultades normativas del Presidente del Gobierno pueden concretarse en los siguientes apartados:

1º La creación, modificación y supresión de los Departamentos ministeriales que el art. 11 LOACE reservaba a la Ley y que en la actualidad se encuentra atribuida al Presidente del Ejecutivo (artículo 8.2 de la Ley 6/1.997 y artículo 2.2. j) de la Ley del Gobierno 50/1.997).

2º La aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno recogida igualmente en el artículo 2.2.j) de la Ley 50/1.997 y que constituye un Ministerio de apoyo y asesoramiento permanente del Presidente en el ejercicio de sus funciones.

J. M. PORRAS RAMÍREZ alude, además, como novedad de la nueva regulación a facultad de creación de imprevistas Comisiones Delegadas del Gobierno, a fin de armonizar la acción de los diferentes Ministerios interesados en la gestión de áreas comunes de actuación política y administrativa, competencia atribuida por la LOACE al Consejo de Ministros (art. 4.2) y que en la actualidad estaría atribuida al Presidente del Gobierno. Sin embargo, en opinión de quien suscribe estas páginas, dicha atribución, además de no recogerse en el texto de la Ley, sería contraria a la competencia que en tal sentido atribuye el artículo 6 de la Ley 50/1.997 de 27 de noviembre al Consejo de Ministros.

Finalmente, conviene aclarar que la ordenación existente entre los Reales Decretos del Presidente del Gobierno y los Reales Decretos emanados del Consejo de Ministros responde a un criterio de competencia material atribuida a los citados órganos del Gobierno. Así al Presidente del Gobierno corresponde dirigir la acción de Gobierno y coordinar las funciones de sus miembros (artículo 3 de la Ley 50/1.997) mientras que al Consejo de Ministros corresponde la aprobación de las decisiones fundamentales (artículo 5 de la Ley del Gobierno). Por el contrario, la relación existente entre los Reales Decretos (ya sean del Presidente o del Consejo de Ministros) y las Ordenes ministeriales lo es de jerarquía.

En cuanto al poder reglamentario de los Ministros, la atribución legal de competencias viene especificada en el artículo 4.1.b) de la Ley 50/1.997 que señala al respecto que les corresponde <<ejercer la potestad reglamentaria en materias propias de su departamento>>, fórmula que reproduce literalmente el antiguo artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957²⁹ lo que ha sido criticado expresamente por algún autor al señalar que del mismo se induce un esquema de cotitularidad de la potestad reglamentaria del Estado. El artículo 12.2.a) de la LOFAGE establece, por su parte, que corresponde a los Ministros <<ejercer la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica>>.

²⁹ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El Sistema de Fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la <<Revista de Administración Pública>> (1.950-1.999)*, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre, 1.999, pp. 571 y 572. El citado autor critica la fórmula adoptada por el art. 4.1.b) de la Ley del Gobierno afirmando que <<el régimen constitucional ha asumido de modo pacífico y sin reflexión alguna la cotitularidad tradicional de la potestad reglamentaria entre el Gobierno y los Ministros>>.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA³⁰ afirma, en cuanto al análisis de dicha potestad, que el ámbito material en el que actúa es el de la organización interna de su respectivo Departamento como se deduce de la propia LOFAGE (así, v.gr., el art. 12.2.b) atribuye al Ministro la <<fijación de objetivos del Ministerio y planes de actuación del mismo>>). Las normas reglamentarias externas que afectan como *normae agendi* a todos los ciudadanos (los llamados <<Reglamentos jurídicos>>, por diferencia con los administrativos, en el Derecho alemán), no pueden ser dictadas por los Ministros como tales, supuesto que implican una supremacía general sobre el pueblo que es propia del Gobierno como órgano político (art. 97 de la Constitución), supremacía que se expresa en el hecho de que sólo sus actos (Decretos) y no los de cualquier órgano administrativo, son firmados por el Rey [art. 62.f CE], en cuanto expresión de la unidad del Estado. La creación de Derecho para los ciudadanos es una decisión política que atañe al conjunto del Estado, y que siempre debe valorarse necesariamente desde criterios generales, que sólo al Gobierno corresponde valorar, y no a cada uno de sus Ministros, aisladamente, con la óptica unilateral de sus solos servicios.

No obstante, advierte que esas habilitaciones legales en que ha de fundarse siempre según el artículo 12.2.a) de la LOFAGE la potestad reglamentaria de los Ministros, incluye a veces habilitaciones para dictar normas que sobrepasan el ámbito puramente organizativo o doméstico de sus Departamentos y que pueden afectar a terceros. De hecho, son la inmensa

³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, 2.002, pp. 190 y 191.

mayoría de los casos normas que hacen relación a la actuación externa de su Ministerio en cuanto se refieren a expedientes o a actos que pueden afectar a los ciudadanos, pero cuyo contenido sustancial y efectos están determinados en las normas superiores respectivas, Leyes y Decretos. Serán, por ello, Órdenes ministeriales de pura ejecución, pero que como tales no son suficientes para crear Derecho material nuevo, con directivas políticas o jurídicas propias.

Las habilitaciones para dictar normas reglamentarias con efectos hacia terceros deberán contenerse, dado su carácter de Derecho para los ciudadanos, en las Leyes. Las habilitaciones por simple Decreto, no infrecuentes, no pueden exceder del ámbito estricta y rigurosamente ejecutivo de normas sustanciales que el propio Decreto contenga. A las Órdenes ministeriales *strictu sensu* se equiparan, en la necesidad de su justificación en habilitaciones específicas y límites, las Órdenes ministeriales acordadas en Comisiones Delegadas del Gobierno (art. 25.3 de la Ley del Gobierno).

Advierte el citado autor de la existencia de Sentencias del Tribunal Supremo, inmediatamente posteriores a la Constitución, que en su formulación parecían negar radicalmente la potestad reglamentaria de los Ministros, lo que ha de entenderse exclusivamente referido al ejercicio de la potestad reglamentaria de modo autónomo. A este respecto, cita la Sentencia de 25 de enero de 1.982 a la que también debe sumarse la de 15 de octubre de 1.982³¹ (Ar. 5.769) que declara:

³¹ Sentencia de 15 de octubre de 1.982 citada por J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *La Potestad reglamentaria de los Ministros*, número 39, octubre-diciembre, Revista Española de Derecho Administrativo, 1.983, p. 611. El citado autor afirma, p. 612, que la expresión *el Gobierno...ejerce la potestad reglamentaria*, lejos de representar una innovación de nuestro texto constitucional, tiene como precedente literal y directo el artículo

“Que en cuanto al fondo del recurso, en que se impugna la Orden del Ministro de Hacienda de 27 de marzo de 1.981..., afecta a la potestad reglamentaria que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno, como órgano colegiado supremo de la Administración, por lo que la orden ministerial impugnada incide en nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47, 1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al estar dictada por órgano manifiestamente incompetente, sin que pueda fundarse la competencia del Ministro en el artículo 14,3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues a partir de la vigente Constitución, dicha ley ha de aplicarse con subordinación a la norma constitucional por su superior jerarquía, e igual ocurre con el artículo 6º. 1 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, a partir de la promulgación de la Constitución...”

Por lo tanto, las referidas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo estimaban que la respectiva Orden ministerial impugnada incurría en nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47.1.a) LPA, al estar dictada por órgano manifiestamente incompetente, sin que pudiera fundarse la competencia del Ministro en el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues en atención al principio de jerarquía normativa, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, dicha ley había de aplicarse con subordinación al texto constitucional.

90 de la Constitución de 1.931 y el artículo 13.2 de la Ley Orgánica del Estado de 1.967, por lo que ello no puede obligarnos a admitir que la Constitución formula en su artículo 97 una atribución excluyente de dicha potestad al Gobierno.

P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ³² apunta respecto al ámbito de la potestad reglamentaria de los Ministros, que la doctrina jurisprudencial, hasta 1.982, sólo admitía la potestad reglamentaria de los mismos en el campo estrictamente organizativo, pero nunca en el ámbito externo, ni siquiera previa habilitación legal específica ya que los reglamentos de ejecución se atribuían exclusivamente al Consejo de Ministros. Sin embargo advierte que, a partir de 1.983, empieza a reconocerse en las Sentencias del Tribunal Supremo como regla general la potestad reglamentaria <<externa>> de los Ministros.

F. GARRIDO FALLA³³, por su parte, señala que la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno que hace la Constitución española no significa *a contrario sensu* la prohibición de su ejercicio por los Ministros. Lo que después de la Constitución han perdido los titulares de los Departamentos ministeriales es la facultad de dictar reglamentos independientes, a no ser en materia de organización interna; como regla, se exige una ley previa habilitante. Y, claro está, también han perdido la facultad de delegar su potestad normativa en una autoridad inferior (*delegata potestas non delegatur*), a pesar de que no es infrecuente la infracción de este principio.

³² P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *Poder Judicial*, número 1, diciembre, 1.986, p. 103, cita dentro de la primera etapa jurisprudencial las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1.981 (Ar. 4.634), 3 de diciembre de 1.981 (Ar. 4.778), 25 de enero de 1.982 (Ar. 42), 15 de junio de 1.982 (Ar. 4740) y 15 de octubre de 1.982 (Ar. 5.769). Dentro del segunda periodo, enumera las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1.983 (3.511), 9 de marzo 1.984 (Ar. 1.287), 16 de junio de 1.984 (3.613), 9 de febrero 1.984 (Ar. 790) y 30 de marzo de 1.984 (Ar. 1639).

³³ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 272.

Para otros autores, como M. BAENA DEL ALCÁZAR³⁴, en una interpretación amplia del artículo 106.1 CE, resultaba evidente que había que reconocer a los Ministros una potestad reglamentaria propia exactamente en los mismos términos que la tiene el Gobierno en su conjunto. Entendía, por consiguiente, que los Ministros precisaban de habilitación legal previa para dictar reglamentos sólo en aquellas materias reservadas a la Ley por la Constitución o que hubieran sido objeto de regulación legal o bien, en último caso, que estuvieran reglamentadas mediante Real Decreto del Consejo de Ministros. En todo lo demás, los titulares de cada uno de los Departamentos ministeriales en uso de su respectiva competencia podrían normar las materias que le eran propias de modo independiente. No obstante, ha de tenerse en cuenta (al igual que con la totalidad de los autores que se citan en el presente trabajo) tanto la fecha como la legislación vigente en el momento de formular la mencionada opinión doctrinal. En concreto, dicha posición se dedujo de la regulación contenida en la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957, pues el artículo 14.3 LRJAE atribuía a los Ministros el ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.

Quien redacta estas líneas estima que, después de la aprobación de la Ley 6/1.997 de 14 de abril en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.2.a) de la misma, los Ministros precisan en todo caso de habilitación legal previa para <<ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento>> (artículo 4 LG). En consecuencia, la actual legislación sobre

³⁴ Citado por P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *La titularidad de la potestad reglamentaria*, Poder Judicial, número 1, diciembre, 1.986, p. 102.

el Gobierno y la Administración General del Estado priva a los titulares de los Departamentos ministeriales del ejercicio autónomo de la potestad reglamentaria.

El Consejo de Estado, por su parte, en el ya citado Dictamen 2.081/95, Sección 7ª, 19 de octubre de 1.995 (Rec. 398), Consideración 2ª, mantiene que los Ministros gozan de una potestad reglamentaria que incluso podría calificarse si se quiere como “originaria” aunque la entiende limitada al “ámbito doméstico” (artículo 13.3 LRJAE) englobando en el mismo “las cuestiones de carácter organizativo” y las relativas a “relaciones especiales de sujeción como son las funcionariales y en general las de todo el personal al servicio de la Administración pública”. Considera que los Ministros, además, podrán dictar normas reglamentarias siempre que tengan habilitación legal o incluso reglamentaria suficiente. Si bien, el mismo Consejo precisa en su Dictamen número 1.801/95, Sección 4ª, de 27 de julio de 1.995, Consideración única (Rec. 22), que no resulta posible que en un reglamento cuya aprobación corresponde según la Ley al Gobierno se incluya una habilitación normativa a favor de un Ministro en términos tales que pueda alcanzar a una regulación “ex novo” de materias que, por su importancia y naturaleza, debían figurar en el propio texto reglamentario a aprobar mediante Real Decreto.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, objeto de estudio, se ha pronunciado de modo reiterado sobre la posibilidad de las delegaciones singulares de la potestad reglamentaria a favor de los Ministros. A este respecto, cabe citar las Sentencias 13/1.988 de 4 de febrero, F.J. 4; 135/1.992 de 5 de octubre, F.J. 3; y 133/1.997 de 16 de julio, F.J. 7.b). En concreto, ésta última (Ponente: R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE) afirma:

“La potestad reglamentaria del Gobierno por ser originaria no excluye la posibilidad de delegaciones singulares; la desconcentración en otros órganos distintos del Gobierno: posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva de la norma.”

Las delegaciones específicas de la potestad reglamentaria del Gobierno en los titulares de los Departamentos ministeriales no son sólo posibles sino muchas veces necesarias para el buen ejercicio de la técnica normativa.

Por su parte, las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1.994 (Ar. 10.046), F.J. 8 y de 2 de marzo de 1.995 (Ar. 2.192), F.J. 3 señalan los límites de las delegaciones singulares a los Ministros efectuadas mediante Real Decreto. En concreto, la última de las citadas (Sección 4ª. Ponente: J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ) afirma:

“Un Real Decreto puede contener el procedimiento y los elementos esenciales de la regulación, reservando a Órdenes ministeriales una concreción de los criterios fundamentales.”

Las Órdenes ministeriales se limitan pues a realizar concretas determinaciones de los Reales Decretos reglamentarios ya se trate de sus criterios fundamentales o de la regulación general desarrollada por la norma del Gobierno.

La jurisprudencia analizada, en todo caso, entiende que las delegaciones que pueda realizar un Real Decreto a favor de los Ministros lo serán para regular elementos de carácter ejecutivo dentro de la regulación normativa ya efectuada.

Respecto de esta cuestión, entiendo que, tras la regulación contenida en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado y de la Ley del Gobierno, aunque puede sostenerse que los Ministros tienen una potestad reglamentaria propia (artículo 4.1.b) LG), su ejercicio estará sujeto en todo caso al otorgamiento de una previa habilitación legal (artículo 12.2.a) LOFAGE).

Finalmente, cabe destacar que los órganos y autoridades inferiores al Gobierno, según la doctrina mayoritaria³⁵, después de la Constitución, gozan exclusivamente de un poder secundario y derivado para dictar <<órdenes generales>>, entendiendo por tales simples órdenes sin contenido normativo que vinculan sólo a los funcionarios por razón de la posición jerárquica de quien las dicta pero que no constituyen Derecho objetivo vinculante para los ciudadanos (v.gr. las Circulares, Resoluciones o Instrucciones de los Directores Generales dictadas en el uso de las funciones que le corresponden de conformidad con el artículo 18.1 de la LOFAGE y artículo 21 LRJAPYAC). Únicamente, en situaciones excepcionales, expresamente previstas en la Ley, pueden dictarse instrucciones que cabría calificar de auténticos <<reglamentos de necesidad>> (así, por ejemplo, pueden citarse los bandos dictados en estado de sitio previstos en el art. 34 de Ley Orgánica 4/1.981, de 1 de junio).

³⁵ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 272 y 275; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 192. En sentido contrario, M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 88, enero-abril, 1.979, p. 114.; J.M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo de 1.984, p. 21, entiende que la autoridades inferiores al Gobierno pueden recibir poder reglamentario de modo tanto <<explícito como implícito>>.

No obstante lo anterior, podría plantearse la existencia de otra excepción a la regla general formulada por la doctrina mayoritaria que niega el ejercicio de la potestad reglamentaria dentro de la Administración General del Estado a las autoridades inferiores de los Ministros. En efecto, cabe cuestionarse la posibilidad de que los Directores generales pudieran en determinados ámbitos del Ordenamiento jurídico dictar normas de naturaleza reglamentaria si se encontraran expresamente habilitados para ello por una ley formal. Quien redacta las presentes líneas entiende, sin embargo, muy discutible dicha posibilidad que supone atribuir por las Cortes Generales de modo permanente a un Director general la posibilidad de elaborar reglamentos saltándose en dicho otorgamiento la línea jerárquica del Ministro del Departamento correspondiente. En efecto, la ley de habilitación supondría una alteración singular de la distribución de las competencias internas de cada Ministerio establecida por los artículos 12.2.a) y 18 de la LOFAGE y 4.1.b) LG que atribuyen la potestad reglamentaria al Ministro sin que dicha competencia, por otra parte, pueda ser delegada (artículos 13.2.b) LRJAPYAC). Y asimismo, supondría excepcionar la naturaleza jurídica de simples mandatos del superior jerárquico que a las órdenes y instrucciones de servicio de las Direcciones Generales atribuye el artículo 21 LRJAPYAC. Por consiguiente, sólo en casos absolutamente extraordinarios podría estar justificada tal habilitación legal lo que reconduce, en definitiva, dicha posibilidad a la excepción ya apuntada.

En mi opinión, dentro de la estructura del Poder Ejecutivo del Estado, salvo la facultad de dictar reglamentos reconocida a los Organismos Públicos (Organismos autónomos y entidades públicas empresariales) en el artículo 42.2 de la LOFAGE y a las Administraciones independientes por sus leyes específicas (vid. disposiciones adicionales de la LOFAGE), la potestad

reglamentaria corresponde al Gobierno por atribución constitucional y a sus Ministros por determinación legal, sin que las autoridades distintas del Gobierno dentro de la Administración General del Estado puedan ejercitarla ni siquiera en el ámbito doméstico por delegación debido a la prohibición general de subdelegación de las potestades administrativas, y especial para las competencias de adopción de disposiciones generales prevista en el artículo 13.2.b LRJAPYAC. Los supuestos de reglamentos de necesidad citados se fundan en la existencia de una habilitación legal expresa a una autoridad administrativa, justificada por circunstancias de extrema gravedad que constituye una excepción temporal de la regla general contraria al ejercicio del poder normativo por autoridades de la Administración territorial del Estado distintas del propio Gobierno que, además, habrá de ejercerse dentro de los límites y con las condiciones especificadas en la Ley.

Un tratamiento especial merecen, como ya he apuntado, las habilitaciones que para el ejercicio de la potestad reglamentaria se realizan en leyes sectoriales a favor de determinados entes independientes (por ejemplo, el Banco de España mediante la Ley de Autonomía de 1 de junio de 1.994 modificada por la de 28 de abril de 1.998 o la Comisión Nacional del Mercado de Valores a través de la Ley 24/1.998, de 28 de julio) con la finalidad de dotarlos de autonomía funcional y organizativa dentro de su respectivo ámbito competencial pero me abstengo de analizarlas pues quedan al margen del objeto de la presente investigación.

4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

De acuerdo con M. BASSOLS COMA³⁶, la potestad reglamentaria del Gobierno viene configurada en el texto constitucional por las siguientes notas caracterizadoras:

1) La Constitución en su artículo 97 confiere al Gobierno un apoderamiento general o global para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Dicho ejercicio no precisa fundarse en una habilitación expresa o implícita de cada ley en singular, sino que descansa en la propia atribución constitucional.

2) Su ejercicio no podrá desplegarse en las materias que la Constitución sustrae al Gobierno (órganos constitucionales, competencias de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales). A este respecto, el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA precisa que la Administración carece en absoluto de poder reglamentario propio y general (previo, pues a la ley remitente) para completar por de pronto todas las leyes no administrativas o de Derecho privado³⁷.

3) El poder reglamentario conferido al Gobierno no es libre en su ejercicio, sino absolutamente condicionado en el sentido de que su ejercicio sólo se legitima *intra leges*, es decir, <<de acuerdo con la Constitución y las leyes>>.

La conclusión lógica que postula este marco constitucional es que el reglamento sólo puede configurarse *secundum legem e intra leges* conforme a

³⁶ M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 88, enero-abril, 1.979, p. 129.

³⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada y control judicial*, Madrid, 1.970, p. 158, citado por M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 88, enero-abril, 1.979, p. 129.

la concepción expuesta por G. JELLINEK. Ello no obstante, entiende el citado autor que la exploración más atenta del modelo constitucional puede facilitar la admisión de reglamentos *praeter legem* en determinados supuestos aunque siempre *intra leges*, esto es en ámbitos regulados inicialmente por la Ley.

En opinión de quien redacta estas líneas, sin embargo, la configuración que de la potestad reglamentaria del Gobierno hace la Constitución, como atribución genérica al Ejecutivo, permite incluso la existencia de reglamentos independientes en aquellos sectores no regulados por la Ley ni tampoco reservados a la misma que, en consecuencia, serían *extra legem*. Este punto se abordará con más detenimiento en el Capítulo dedicado a las clases de reglamentos (vid. Capítulo VIII.2).

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo analizada en la presente investigación apunta otras notas caracterizadoras de la potestad reglamentaria que ayudan a perfilar aun más el poder normativo del Gobierno. Así cabe mencionar las siguientes:

1.- Se trata de una potestad discrecional, en la que, lo por tanto, cabe un amplio margen de decisión del Gobierno en su determinación. La Sentencia de 11 de junio de 1.996, Sección 3ª (Ar. 5.408. Ponente: O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ), establece al respecto en su F.J. 1:

“La potestad reglamentaria es genuinamente discrecional, y en el ejercicio de esa potestad la Administración puede por razones de interés general dictar normas modificadoras de las situaciones anteriores máxime cuando, como en el

presente caso, la modificación fue fruto de las observaciones contrapuestas formuladas en la fase de audiencia a los interesados.”

2.- Como toda potestad administrativa, la potestad reglamentaria ha de ser definida con carácter restrictivo por lo que, salvo delegación legal, su ejercicio corresponde exclusivamente a su titular, el Gobierno. En este sentido cabe citar la Sentencia de 24 febrero de 1.998, Sección 3ª (Ar. 8.380. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), que expone en su F.J. 5º:

“La potestad reglamentaria es el poder que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para dictar normas que no tienen rango de ley. La justificación de la potestad reglamentaria es la siguiente: que la ley, por sí misma, es insuficiente para regular la convivencia de la sociedad y las gestión de los intereses de la comunidad. Esta es la razón por la que la ley llama al reglamento que una vez dictado conforme a Derecho pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, completando a la ley, como es doctrina jurisprudencial consolidada.

No todos los órganos de la Administración (o si queremos, mejor de las Administraciones Públicas) pueden dictar reglamentos: he aquí una de las más importantes diferencias con los actos administrativos que sí pueden dictarlos todos los órganos administrativos, dentro de las competencias que el ordenamiento jurídico les atribuya. La potestad reglamentaria, que complementa a la ley, deriva de la Constitución: la Administración ejerce la potestad reglamentaria conforme a la Constitución y las leyes (artículo 97 CE). Pero el reglamento sólo puede dictarse por el órgano competente y, además, su elaboración y aprobación ha de serlo con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE).”

3.- En todo caso, como expone la referida Sentencia de 24 febrero de 1.998 (Ar. 8.380), el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de estar sometido a la Ley y al Derecho tanto respecto del procedimiento de su elaboración y entrada en vigor como con carácter sustantivo, esto es, en cuanto a la materia que regula. Lo anterior, sin embargo, no impide un amplio margen de decisión del Gobierno en relación con el contenido que han de tener los preceptos reglamentarios.

4.- Configura al Gobierno como fuente formal del Derecho, en cuanto órgano de creación de normas, ya que sus productos se integran en el Ordenamiento jurídico. La Sentencia de 14 de octubre de 1.996, Sección 3ª (Ar. 8.651. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), declara en su F.J. 1º:

“Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración (el reglamento) queda integrada en aquél.”

5.- Estamos ante una potestad de contenido innovador del Derecho existente que configura al reglamento como *normae agendi*. La Sentencia de 30 de marzo de 1.999, Sección 3ª (Ar. 3.064. Ponente: O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ), afirma (F.J. 2):

“La potestad reglamentaria de titularidad del Gobierno no puede quedar constreñida a la simple reproducción o aclaración de la norma delegante sino que ha de completarla.”

En consecuencia, podemos afirmar que estamos ante la potestad discrecional del Gobierno más grave e intensa³⁸ en la medida en que implica participar en la formación del Ordenamiento jurídico mediante normas que se imponen imperativamente a la totalidad de la Comunidad.

5.- EL SOMETIMIENTO AL BLOQUE DE LEGALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.

La función normativa, que en el sistema de división de poderes diseñado por nuestra Constitución aparece reconocida simultáneamente al Poder Legislativo y al Gobierno, se articula en torno a unas relaciones de primacía de la Ley respecto del reglamento que, para J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, pueden singularizarse en los siguientes principios: 1) la Constitución garantiza los principios de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3 CE); 2) el texto constitucional formula múltiples reservas materiales de ley, en unos casos de forma directa (art. 103.3 CE, entre otros muchos ejemplos) y en otros de forma indirecta (art. 103.2 CE); 3) la potestad reglamentaria se encuentra subordinada a la Constitución y a las leyes (art. 97 CE); y, finalmente, 4) la Constitución no consagra unas reservas reglamentarias de materias, ni siquiera en el ámbito de la propia organización administrativa³⁹.

³⁸ Con tales adjetivos califica la potestad reglamentaria E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 180.

³⁹ J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *La potestad reglamentaria de los ministros*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 39, octubre-diciembre, 1.983, p. 611.

De los principios enunciados que vienen a perfilar los caracteres de la potestad reglamentaria del Gobierno destaca el principio de primacía de la Ley o lo que es lo mismo el principio de legalidad. La Sala 3ª del Tribunal Supremo afirma, en cuanto al mismo, la subordinación de la potestad reglamentaria a la Constitución y las leyes en su Sentencia de la Sección 3ª de 5 de diciembre de 1.996 (Ar. 9256. Ponente: F. CID FONTÁN), que en su F.J. 1º declara:

“La potestad reglamentaria no es incondicionada sino que está sometida a la Constitución y a las leyes. Es un poder jurídico que participa en la elaboración del ordenamiento de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo”

Dentro del esquema de relaciones de la potestad reglamentaria con el Ordenamiento jurídico cobra singular importancia el principio de subordinación del poder reglamentario del Gobierno a la Constitución y a las leyes. La definición del principio se deduce de las reflexiones de C. EISENMANN⁴⁰ sobre el contenido del principio de constitucionalidad quien declaró que <<igual que el principio de legalidad significa en un último análisis que sólo la ley puede derogar otra ley, el “principio de constitucionalidad “ significa que sólo una ley constitucional puede derogar una ley constitucional>>. Se expresa con ello la superioridad del texto constitucional y de la ley en el conjunto del Ordenamiento jurídico que se proyecta en la actuación de los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y

⁴⁰ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, Paris, 1.928, p. 21; P. AMSELEK, *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, Paris-Aix, 1.986 citados por J. DE LA CRUZ FERRER, *Reflexiones sobre el principio de Constitucionalidad y el sistema de fuentes*, Poder Judicial, número 6, diciembre, 1.987, p. 168.

judicial- y, en el presente caso, respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno.

La supremacía de la Constitución y del texto legal ha de completarse con la jurisprudencia que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establecen tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo conformando junto a la norma escrita, respectivamente, los denominados bloque de constitucionalidad y de legalidad. La noción de <<bloque de constitucionalidad>> se encuentra implícita en el artículo 28 de la LOTC que recurre a la misma para incluir, según los casos, a determinadas leyes en el conjunto normativo que sirve al Tribunal Constitucional para determinar la conformidad o no de una ley con la Constitución y el artículo 5 LOPJ, por su parte, incluye expresamente dentro del bloque de constitucionalidad a la jurisprudencia constitucional, pues, según su tenor literal, las leyes y reglamentos se interpretarán y aplicarán conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las sentencias constitucionales. El artículo 6 LOPJ, por su parte, afirma que <<los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía>> lo que ha de ponerse en relación con el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

J. DE LA CRUZ FERRER⁴¹ afirma que los verdaderos términos del principio de constitucionalidad son, por una parte el <<bloque de constitucionalidad>> que incluye la Constitución, determinadas leyes y la jurisprudencia constitucional, y , por otra, la conducta de los poderes públicos.

⁴¹ J. DE LA CRUZ FERRER, *Reflexiones sobre el principio de Constitucionalidad y el sistema de fuentes*, Poder Judicial, número 6, diciembre, 1.987, pp. 169-173.

Y, a semejanza de aquél, afirma respecto del <<bloque de legalidad>> que el mismo se encuentra integrado por la ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el propio reglamento. Pues bien, ambos bloques condicionan el alcance y el contenido de la potestad reglamentaria, imponiéndose al Gobierno en su ejercicio y ello, en última instancia, porque como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA <<el Derecho no es, ni puede siquiera ser aunque se pretendiere (y así se pretendió explícitamente, por ejemplo, con cuerpos tan prestigiosos como el *Code de Napoleón*, y así continúa pretendiéndolo en su ignorancia el legislador cotidiano), el texto de la ley y nada más, sino la ley con toda su textura de principios y conceptos capaces de una vida propia que no la audacia del juez y su pretensión protagonista impulsan, sino que exige rigurosamente el funcionalismo de la sociedad y la inserción en él de preceptos generales y estables>>.

La sumisión del reglamento aprobado por Real Decreto del Consejo de Ministros al bloque de legalidad se encuentra reiteradamente recogida en la jurisprudencia examinada, pudiendo citarse, a este respecto, las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.369), F.J. 1; 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236), F.J. 1; 14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.651), F.J. 1; de 5 de diciembre de 1.996, F.J.1 (Ar. 9.256); y 1 de octubre de 1.997 (Ar. 7.789), F.J. 4.

Cuál sea la concreción práctica del principio de legalidad en relación con la extensión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo ha sido objeto de una intensa polémica en la doctrina científica. Siguiendo a M. REBOLLO PUIG⁴² cabe destacar como principales teorías sobre el alcance del principio de

⁴² M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, Legalidad, Reserva de Ley como Límites de la Potestad Reglamentaria del Gobierno*, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, p. 14 y ss.

legalidad en relación con la posibilidad de ejercitar la potestad reglamentaria del Gobierno las siguientes:

A.- Tesis de la necesidad general de una habilitación legal para todo ejercicio de la potestad reglamentaria.

Constituye la tesis más restrictiva y minoritaria (J. SALAS HERNÁNDEZ, J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA⁴³) que plantea el problema de:

- 1) Admitir un principio de legalidad en su formulación más radical y pura (vinculación positiva a la Ley y no a cualquier fuente del Derecho).
- 2) Considerar que el artículo 97 CE no contiene una habilitación de la potestad reglamentaria que tenga eficacia directa, sino tan sólo el reconocimiento de la constitucionalidad de las que establezcan las leyes.

Esta teoría niega al Ejecutivo, como poder propio, la potestad reglamentaria. Y ello, aparte de resultar ajeno a nuestra tradición y a la de cualquiera de los ordenamientos jurídicos de influencia en el nuestro, ha de basarse en una forzada interpretación constitucional que es mayoritariamente rechazada por la doctrina y la jurisprudencia.

⁴³ J. SALAS HERNÁNDEZ, *Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos (algunas reflexiones sobre su respectivo contenido y límites)*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 21, 1.979, p. 270; J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, pp. 224-225 citados por M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites de la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, pp. 12 y 13.

B.- Tesis de la innecesiedad de habilitación legal salvo en los supuestos de reserva de ley.

Reconoce en el artículo 97 CE una habilitación general para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo que caracteriza a dicha teoría es que deriva de esta potestad una competencia normativa igualmente general que no necesita de nueva ley habilitante salvo excepciones. Tales excepciones vienen constituidas, en primer lugar, por los preceptos de la CE que reservan una regulación a la Ley y, en segundo término, por las derivadas del principio de jerarquía normativa en virtud de las reservas formales de ley.

En nuestra doctrina y jurisprudencia esta tesis es la más generalizada⁴⁴(J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, A. GALLEGU ANABITARTE, F. GARRIDO FALLA, J. LEGUINA VILLA, I. DE OTTO, M. BAENA DEL ALCÁZAR, L. SÁNCHEZ AGESTA y G. FERNÁNDEZ FARRERES), pero, en realidad, lleva a soluciones muy distintas según la amplitud que se de a estas excepciones:

⁴⁴ J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 87, 1.978, p. 179; A. GALLEGU ANABITARTE, <<Comentario al artículo 97, Las funciones del Gobierno>>, en la obra dirigida por O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios a las Leyes Políticas de España. Constitución Española*, T. VIII, Madrid, 1.985; I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1.987, p. 122 y ss.; J. LEGUINA VILLA, *Principios Generales del Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, número 114, 1.987, p. 28; M. BAENA DEL ALCÁZAR, <<Reserva de Ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española>>, en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del derecho I*, Madrid, 1.979 pp. 289, 304 y 305; L. SÁNCHEZ AGESTA, <<La jerarquía normativa en la Constitución de 1978>>, en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del derecho I*, Madrid, 1.979, p. 1.906; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención; concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1.983, pp. 511 y 512, citados por M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites de la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, pp. 16 y 17.
F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 272.

1) En cuanto a la reserva de ley *material*, cabe señalar que la clásica reserva de ley cubría toda la libertad genérica del individuo y no sus concretas manifestaciones configuradas como derechos subjetivos directamente en la Constitución.

Algunos autores se sitúan en una concepción más amplia de la reserva de ley, basada, según los casos, en una simple interpretación extensiva del artículo 53.1 CE o en factores históricos e institucionales de más alcance, llegando a conclusiones muy diferentes y mucho más restrictivas de las posibilidades del reglamento sin específica habilitación legal.

2) Por lo que se refiere al principio de jerarquía normativa, el punto más conflictivo se encuentra en la admisión y significado que se da a la llamada reserva de ley en sentido formal (también llamada congelación del rango de una materia en virtud de ley): cabe aquí sostener desde el extremo de que la aprobación de una ley reguladora de una materia cierra ésta a las posibilidades reglamentarias salvo habilitación legal que permita exclusivamente el complemento indispensable, hasta el otro extremo, de negar pura y simplemente este efecto.

C.- Tesis de la innecesidad de habilitación exclusivamente para los reglamentos de organización.

Fuera de la organización administrativa sería necesario en todo caso una autorización legal. Para aceptar o negar esta doctrina se hace preciso un análisis de las construcciones dogmáticas anteriores a nuestra Constitución:

a.- Doctrina de la ajuridicidad de los Reglamentos administrativos pues la creación de normas jurídicas exige la intervención de las Asambleas legislativas.

Para los defensores de la citada teoría, sólo el Parlamento produce ley en sentido material. Si las Asambleas legislativas (solas o con el Monarca) aprueban normas jurídicas, el resultado es una ley en sentido formal y material. Si aprueban algo que no tiene tal naturaleza (por no ser norma o porque siéndolo no es jurídica) estamos ante una ley meramente formal. El reglamento jurídico es considerado ley en sentido material y modifica el Ordenamiento jurídico.

b.- Doctrinas que señalaron el ámbito de la reserva legal de intervención de acuerdo con el concepto de ley material.

Estas doctrinas identificaron la reserva de ley para toda intervención en la propiedad y la libertad con el concepto de ley material. Tales doctrinas, en definitiva, concluían que toda ley material debía aprobarse como ley formal o, al menos, en base a la intervención previa del Parlamento (lo que daba lugar a

reglamentos jurídicos) y que en eso consistía precisamente la reserva legal de intervención.

c.- Doctrina de la <<materia reglamentaria por naturaleza>>.

La mencionada posición encuentra sus bases teóricas en M. HAURIOU. Sostiene dicho autor que es <<inexacto encerrar al Reglamento en el papel de coadjutor de la Ley>>, pues tiene otro de << cubrir las necesidades de la organización y del mantenimiento del orden>>. Consecuentemente, la potestad reglamentaria tiene por contenido la ejecución de las leyes, la organización administrativa o la policía. Estos dos últimos ámbitos constituyen materia reglamentaria por naturaleza.

d.- Innecesariedad de habilitación legal para los Reglamentos de organización de conformidad con el artículo 97 CE.

Su gran formulador y máximo exponente es E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁵, y a través de él trataré de desarrollar esta doctrina sobre el artículo 97 CE.

Parte de la existencia de <<un poder reglamentario propio y general>>, <<independiente>>, que no surge de delegaciones legislativas, sino, en nuestro caso, del artículo 97 CE. Mas, en principio, este poder no es ejercitable para regular cualquier materia: <<hay un límite natural e inherente al reglamento>>; es lo que denomina <<materia reglamentaria>> para entrar en

⁴⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 186 y 187. En la delimitación de qué se entienda por <<reglamentos organizativos>> ha de tenerse en cuenta que toda norma cuyo contenido sobrepase la simple definición de una estructura administrativa, de modo que atribuya funciones y delimite ámbitos de actuación, tiene repercusión <<ad extra>> sobre el administrado.

la cual no necesita habilitación legal, bastando el artículo 97 CE. Hasta aquí, entiende M. REBOLLO PUIG, que todo es coincidente o con el sistema francés o con cierta doctrina francesa de un dominio reglamentario por naturaleza. Sin embargo, incluye en la materia reglamentaria <<aquellas materias administrativas que pertenecen al ámbito interno o doméstico de la Administración>>, es decir, <<los aspectos organizativos>>, aunque derivativamente comprende las relaciones con quienes se encuentran <<en una situación de sujeción especial, relaciones subordinadas a la organización...y a sus exigencias>>.

En el campo exterior de esa materia reglamentaria parte de la exigencia de habilitación legal para regular cuestiones no administrativas o las que <<aun siendo administrativas, implican para los ciudadanos como tales la imposición de obligaciones o deberes, la limitación de su libertad o de sus derechos>>.

D.- La tesis de la innecesidad de habilitación legal para los reglamentos de ejecución de las Leyes.

Como cuarta y última posibilidad en torno a la interpretación del alcance del principio de legalidad derivado del artículo 97 CE, pueden considerarse la de que este precepto permite, sin necesidad de una específica habilitación legal, la aprobación de reglamentos para la ejecución de las leyes (M. BASSOLS COMA⁴⁶).

⁴⁶ M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 88, p. 107 y ss. citado por M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites de la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, p. 54. M. REBOLLO PUIG alude incluso a que

El dato adicional de la innecesariedad de habilitación legal para el reglamento ejecutivo es lo que caracteriza esta teoría: el reglamento, con la sola base del artículo 97 CE, podría establecer las normas necesarias para la ejecución de leyes preexistentes y sólo eso.

Quedarían excluidas las materias objeto de reserva constitucional de ley, es decir, las sometidas a reserva material de ley.

Se conecta ello con cierto concepto material de reglamento según el cual éste sería propiamente expresión de una función ejecutiva y no legislativa: para la ejecución de las leyes, el Gobierno no sólo habría de emanar actos individuales o realizar actuaciones materiales, sino que también tendría que dictar normas que se expresarían a través de reglamentos. Siendo, pues, algo propio del Poder Ejecutivo, no necesitaría habilitación legal, sino que la simple existencia de una ley cuya aplicación fuera administrativa sería bastante.

El citado autor entiende, sin embargo, que este concepto y las ideas que lo sustentan no pueden deducirse ni explicar el artículo 97 CE pues éste, por una parte, alude expresamente al ejercicio del poder reglamentario <<de acuerdo con la Constitución y las leyes>> y, por otra se refiere separadamente a <<la función ejecutiva>> y a la <<potestad reglamentaria>>.

J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1.982, pp. 208 y 209 pudieran englobarse en esta última tesis, a pesar de que entiende que en otros pasajes de su obra (pp. 202, 225 y 231) implícitamente exigen una autorización legal en todo caso con lo que debe insertárseles en la primera de las tesis expuestas <<Necesidad general de habilitación legal>>.

Del recorrido doctrinal realizado, estimo que puede extraerse la idea de que la práctica totalidad de los autores de Derecho Administrativo deducen del artículo 97 CE la necesidad de que el Consejo de Ministros obtenga una previa habilitación legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria mediante Real Decreto. Dicha exigencia alcanzaría para la mayoría de los autores tanto a las reservas materiales como a las formales de ley establecidas, respectivamente, por la Constitución y por el legislador ordinario, discutiéndose en cambio cuál sea el alcance preciso del ámbito material exento en todo caso de habilitación legal previa. Suscribo, en este punto, la posición mayoritaria que entiende que la exención de habilitación legal alcanzará a aquellas materias carentes de regulación legal y, por lo tanto, no <<reservadas>> a la Ley. Dicha conclusión ha de completarse con el concepto de reglamento independiente que se expondrá en el Capítulo relativo a las clases de reglamentos.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NORMA REGLAMENTARIA APROBADA EN CONSEJO DE MINISTROS.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NORMA REGLAMENTARIA APROBADA EN CONSEJO DE MINISTROS.

1.- LA REGULACIÓN NORMATIVA Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

2.- CARÁCTER DE LA MEMORIA Y DOCUMENTOS ANEXOS DE LA NORMA REGLAMENTARIA.

3.- EL CARÁCTER DEL INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA.

4.- CARÁCTER DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO.

A.- La naturaleza jurídica y funciones del Consejo de Estado.

B.- Alcance del dictamen del Consejo de Estado.

C.- Requisitos de procedibilidad del dictamen.

D.- Consecuencias de la omisión del dictamen del Consejo de Estado.

5.- EL TRÁMITE DE AUDIENCIA.

A.- Carácter del trámite de audiencia.

a.- Requisitos generales del trámite de audiencia.

b.- Naturaleza jurídica del trámite de audiencia.

B.- Naturaleza de las entidades llamadas al trámite de audiencia.

C.- Examen especial sobre el carácter facultativo o preceptivo del trámite de audiencia.

a.- Tesis restrictivas de la obligatoriedad del trámite de audiencia.

b.- Tesis actualmente vigente: el carácter preceptivo del trámite de audiencia está en función del origen legal o no de la entidad interesada.

D.- Supuestos de aplicación concreta de la tesis actualmente vigente de la necesidad de informes de las Asociaciones de carácter obligatorio (o que tienen su origen en una ley sectorial).

- a.- Informes de los Colegios Profesionales.
- b.- Informes de los Sindicatos y las Organizaciones Empresariales.
- c.- Informes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

E.- El trámite de audiencia de las entidades de carácter voluntario.

- a.- Tesis precedente y minoritaria.
- b.- Doctrina actual del Tribunal Supremo que mantiene la tesis de la no preceptividad del trámite de audiencia respecto de Asociaciones que no sean de carácter voluntario.

6.- EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA.

7.- OTROS INFORMES EXIGIDOS POR NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS DE PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS.

8.- LA TABLA DE VIGENCIAS DE LAS DISPOSICIONES ANTERIORES SOBRE LA MISMA MATERIA.

9.- LA NATURALEZA DEL PLAZO LEGALMENTE PREVISTO PARA DICTAR LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

10.- LA MOTIVACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El fundamento jurídico de la exigencia de motivación de los reglamentos del Gobierno.

B.- De la innecesidad a la exigencia de motivación de los Reales Decretos reglamentarios por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

11.- CONSIDERACIÓN FINAL DEL EXÁMEN REALIZADO.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NORMA REGLAMENTARIA APROBADA EN CONSEJO DE MINISTROS.

1.- LA REGULACIÓN NORMATIVA Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

En la actualidad el procedimiento de elaboración de los reglamentos del Estado viene regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre. Dicho artículo, deroga la regulación precedente que se hallaba contenida en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958. No obstante, en ambos casos cabe configurar el procedimiento administrativo como de carácter especial por razón de su objeto por cuanto se encamina a lograr la aprobación y publicación de disposiciones generales. De ahí que, dada la especialidad de su objeto, contenga trámites específicos como la consulta a determinados órganos (v.gr., el Consejo de Estado) o, incluso, la posibilidad de recurrir a la información pública con el propósito de pedir el parecer de la comunidad sobre el proyecto de norma que se pretende poner en vigor¹.

Para ubicar el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias del Gobierno en el conjunto del Ordenamiento jurídico hemos de acudir, en primer lugar, a la mención competencial que hace la Constitución española en su artículo 148.1.18 al establecer que <<el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de sus funcionarios, que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación

¹ En este punto, he de advertir que el texto legal de la Ley 50/1.997 de 27 de noviembre no incorpora expresamente el término <<especial>> para calificar el procedimiento regulado en el artículo 24. Como pone de manifiesto, J.J. LAVILLA RUBIRA, *El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno*, Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, número 1, octubre, 1.998, p. 9, lo anterior no impide que a este procedimiento le sean supletoriamente aplicables las normas del título VI de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre en las que se establecen disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos.

básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas>>.

El Estado, por consiguiente, tiene competencia exclusiva para establecer las bases del procedimiento administrativo común, referencia que ha sido entendida por la doctrina como la atribución de una competencia estatal para diseñar un procedimiento base que contenga las garantías mínimas para todos los ciudadanos. La Exposición de Motivos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala a este respecto (apartado II, párrafo 2º) que:

“La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías”

El procedimiento administrativo de elaboración de los reglamentos del Estado se concibe, por lo tanto, sobre la base de la regulación <<común>> contenida en la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre (iniciación, ordenación, instrucción, finalización) y se caracteriza por ser un procedimiento especial en cuanto destinado a la aprobación y puesta en vigor de normas jurídicas reglamentarias por oposición al procedimiento general de elaboración de actos administrativos. El régimen jurídico relativo a la producción de disposiciones generales se ha desgajado, en consecuencia, de la Ley que regulaba el

procedimiento administrativo común (la antigua Ley de Procedimiento Administrativo) para pasar a configurarse como una especialidad procedimental propia del Estado que, además, encuentra su ubicación dentro de la Ley reguladora del Gobierno en cuanto que, como he expuesto, constituye el órgano competente de la potestad reglamentaria. En todo caso, reitero que no debe olvidarse su íntima conexión con el procedimiento administrativo común que ayuda a perfilar la finalidad y el carácter de la mayoría de sus trámites. Como señala el apartado XI de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre <<el título VI regula la estructura general del procedimiento que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración>>. Y ello, en contraposición con el carácter que a la regulación general sobre el procedimiento administrativo atribuía la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (apartado V.1) al afirmar que

“El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. Sin embargo, no toda la actividad que se desarrolla en el procedimiento se encuentra en un mismo plano. La actuación administrativa se descompone en actos de naturaleza distinta, según la función que los mismos vienen a cumplir en el procedimiento.

La Ley ha huido por ello de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo, y, en consecuencia, no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación, como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso, según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate. De este modo, la preclusión, piedra angular de los formalistas procedimientos

judiciales, queda reducida al mínimo, dotándose al procedimiento administrativo de la agilidad y eficacia que demanda la Administración moderna.”

Finalmente, he de referirme a la distinta naturaleza jurídica que se ha otorgado por los autores de la doctrina española al procedimiento administrativo establecido en el artículo 24 de la Ley del Gobierno que, en última instancia, responde a la conocida divergencia que mantienen los autores respecto a cual sea la distinción entre reglamento y acto administrativo. La distinción ha sido objeto de análisis en el Capítulo II por lo que en este apartado apuntaré únicamente las perspectivas más destacadas en cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias del Gobierno.

El profesor F. GARRIDO FALLA² sostiene que los reglamentos son fuentes del Derecho para la <<Administración>> (entendiendo dicho término en sentido impropio que engloba a todos los órganos del Poder Ejecutivo con potestad reglamentaria), pero proceden de ella misma. Esto determina que ofrezcan una doble vertiente: por su procedencia son actos administrativos sometidos al principio de legalidad y susceptibles, en su caso, de ser normas de Derecho objetivo (*norma agendi*), por lo que, según la conocida expresión de M. HAURIOU, viene a integrarse en el llamado <<bloque de legalidad>> que se impone a la propia Administración en su actuación concreta. En consecuencia, el procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento administrativo especial cuyo fin específico se concreta en la

² F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13^a edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 270. El citado autor cita, como he señalado, a M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, ed. 1927, p. 462.

elaboración de actos administrativos generales por razón de su autor, la Administración pública, aunque como ya he señalado entiende que por su contenido tienen el carácter de norma jurídica.

En cuanto a la exigibilidad del procedimiento de elaboración de disposiciones generales considera que tanto el artículo 62.2 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre como el derogado artículo 47.2 de la LPA, en la medida en que hacían una remisión nada precisa a los supuestos regulados en la LRJAE, a través de su artículo 28 daba pie para seguir, como regla, los mismos criterios que para los actos administrativos no normativos en cuanto a supuestos determinantes de nulidad y anulabilidad³.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁴, por su parte, señala que el procedimiento de elaboración de disposiciones generales como las del Gobierno es el cauce legal de una actividad que no es propiamente administrativa, sino normativa o legislativa en su más amplio sentido. La senda procedimental termina, no en un acto administrativo, sino en una norma que integra el Ordenamiento jurídico. En consecuencia, no estamos ante un procedimiento administrativo propiamente dicho. Es un procedimiento administrativo en un sentido puramente subjetivo en cuanto es un procedimiento al que ha de ajustarse la Administración del Estado. A través del citado procedimiento surgen las fuentes del Derecho. Si en más de una ocasión se ha equiparado el procedimiento a un acueducto, siguiendo este símil podríamos decir que el procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general es el acueducto

³ F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992)*, 3ª edición, editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 217 a 219.

⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 1.175 y 1.176. Y también, *El Procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 11.

que encauza las fuentes del Derecho hasta llegar al diario oficial cuya publicación determinará su obligatoriedad.

Asimismo, respecto de la obligatoriedad del procedimiento de elaboración de disposiciones generales, apuntaba el citado profesor que una norma reglamentaria es nula siempre que incurra en cualquier infracción de otra de superior jerarquía. Y esta infracción puede darse, tanto en su contenido como en el procedimiento previsto en la Ley para su elaboración. De aquí que afirmara que, la infracción de los artículos 129 a 132 LPA (actual artículo 24 de la Ley del Gobierno), determine la nulidad de las normas reglamentarias dictadas.

En este punto, el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 3/93, Sección 3ª, de 11 de febrero de 1.993 (Rec. 148), Consideración 3ª, sostiene, en relación con un proyecto de Real Decreto reglamentario, que <<la observancia del procedimiento diseñado en los mencionados artículos [129 y ss. de la LPA] tiene un carácter formal, de modo que su omisión o incumplimiento defectuoso, si afecta a las reglas sustanciales, puede determinar la nulidad de la disposición>>.

2.- CARÁCTER DE LA MEMORIA Y DOCUMENTOS ANEXOS DE LA NORMA REGLAMENTARIA.

El artículo 24.1.a) y b) de la Ley del Gobierno establece en cuanto a la incoación del procedimiento relativo a la elaboración de una disposición general del Estado que:

“a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse además de los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.”

El artículo 24.1 LG se inicia con una expresión semejante a la del antiguo artículo 129.1 LPA al establecer que <<la iniciación del procedimiento de elaboración del reglamento se llevará a cabo por el Centro directivo>> por lo que ha de concluirse que la iniciación se realizará siempre de oficio y tendrá competencia para ordenar la incoación del procedimiento el órgano competente para la aprobación de la disposición general que se trate de elaborar. Pero, además, puede entenderse por <<Centro directivo>> y, por lo tanto, por órgano con competencia para adoptar el acuerdo de incoación, el Ministro o Ministros del Departamento o Departamentos a los que corresponda la materia, aun cuando en el caso de los Reales Decretos la aprobación corresponda al Consejo de Ministros.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁵, por otra parte, afirmaba de acuerdo con la regulación contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 129.1

⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 1.200. Dicho autor es seguido en este punto por J.J. LAVILLA RUBIRA, *El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno*, Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, número 1, octubre, 1.998, p. 10.

LPA) y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (arts. 19.4 y 5 LRJAE), y dadas las funciones que a las Secretarías Generales Técnicas se les atribuían en la última de las normas citadas, que las mismas tendrán siempre competencia para incoar el oportuno expediente encaminado a la elaboración de una disposición general. Su actuación, entendía que no se limitaba a elevar una moción al superior competente para que adoptara el acuerdo, sino que parecía que la propia Secretaría General Técnica podía adoptar el acuerdo de iniciación, sin perjuicio de que después no se llegase a aprobar la disposición. Y dicha interpretación entiendo puede seguir manteniéndose en la actualidad dadas las atribuciones que a tales órganos otorga el artículo 17 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado al declarar que los Secretarios Generales Técnicos tendrán en todo caso las competencias relativas a la <<producción normativa>>.

La iniciación del procedimiento por el Centro directivo podrá realizarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69. 1 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior y a petición razonada de otros órganos inferiores. J.M. DESANTES GUANTER ⁶distingue dos supuestos de acuerdo de incoación del procedimiento según se parta o no de un anteproyecto de la disposición general que se quiere elaborar. Así por lo tanto, puede distinguirse:

⁶ J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, pp. 45-46.

a) Que se trate de poner en forma de texto “legal” las ideas depuradas en un proceso previo de estudio o recopilación de datos, esto es, que se parta ya de un anteproyecto elaborado.

b) Que sea una primera formulación general que sirva de base a estudios subsiguientes y permita obtener el texto definitivo después de oportunos añadidos, supresiones, correcciones o cambios de orden. A este último supuesto, ha de añadirse el de que no exista siquiera un borrador previo limitándose a adoptar el acuerdo de iniciación.

Pues bien, una vez adoptado el correspondiente acuerdo de incoación procederá, de conformidad con el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, la elaboración del correspondiente proyecto de Real Decreto reglamentario al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. Tales trámites se configuran, por consiguiente, con carácter preceptivo aclarando el mencionado artículo aun más al indicar qué documentos deben acompañar necesariamente el proyecto de disposición a diferencia del antiguo artículo 129.1 LPA que hablaba de <<estudios e informes previos>> sin especificar cuales fueran. No obstante lo anterior, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia examinada sobre Reales Decretos vienen destacando la importancia que en la elaboración de los reglamentos del Gobierno tiene la confección de una memoria justificativa que ponga de manifiesto las razones que llevaban a adoptar el proyecto (v.gr., Dictamen del Consejo de Estado núm. 2.697/98, Sección 4ª, 10 de septiembre de 1.998, Consideración 1ª, Rec. 20 y Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 9 de febrero de 1.999, Ar. 1.637 y Ar. 1.552, F.J. 4º) y de una memoria económica (v.gr., Dictamen del Consejo

de Estado núm. 602/96, Sección 3ª, 29 de febrero de 1.996, Consideración 3ª, Rec. 16, y Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1.992, Ar. 4.934, F.J. 3º).

En cuanto al sentido último del requisito estudiado ha de recordarse que ya L. LÓPEZ RODÓ⁷, inspirador de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958, señalaba que <<para resolver los asuntos concretos que se plantean ante la Administración, es deseable una mayor rapidez y ausencia de formalidades. No ocurre lo mismo con la elaboración de disposiciones de carácter general: Ordenes, Decretos, Reglamentos, Circulares, etc. Porque en ocasiones se ha dado el contrasentido de que, mientras la resolución de un expediente administrativo de mínima cuantía y trascendencia implicaba el cumplimiento de numerosos trámites y plazos, las disposiciones de carácter general que afectan de ordinario a importantes intereses económicos, sociales o profesionales, podían surgir sin la necesaria madurez>>. Idea que anudaba precisamente a la exigencia de que la iniciación del procedimiento de disposiciones de carácter general fuera seguida de los estudios e informes que garantizaran la legalidad, acierto y oportunidad de los reglamentos.

La nueva Ley en todo caso exige que, de ser necesario y con independencia de los informes y dictámenes que sean preceptivos, se exijan cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para asegurar el acierto y oportunidad del texto. La determinación de cuales sean tales estudios y consultas no previstos en leyes específicas dependerá de la norma en cuestión que se trate de elaborar atendiendo a los principios de razonabilidad y de

⁷ L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre de 1.958, p. 23.

responsabilidad administrativa. El Consejo de Estado, en todo caso, ha destacado la importancia que en las regulaciones “ex novo” de una materia adquiere la exposición detallada de las razones que justifiquen el acierto y la oportunidad de los proyectos de disposiciones que aprueba el Gobierno (Dictamen núm. 2.828/95, Sección 4ª, 14 de diciembre de 1.995, Consideración Única, Rec. 31) por lo que será en estos casos donde el Centro Directivo habrá de extremar su diligencia.

J.A. SANTAMARÍA PASTOR ha señalado la necesidad de que el informe previo y la memoria económica acompañen el primer borrador o texto provisional si bien no consideraba que tal omisión fuera ilegal y ello, precisamente, porque el artículo 129.1 LPA no concretaba de qué informes y estudios se trataba, cuál era su contenido y quién había de elaborarlos⁸. Entiende que parece lógico que la iniciación del procedimiento de elaboración de una norma deba motivarse en un proceso de detección de problemas y necesidades, de modo que los mismos consten en estudios o informes previos. La Administración Pública, sin embargo, incumple sistemáticamente este racional modo de operar ya que <<en noventa y nueve de cada cien casos, tales estudios e informes no existen; la causa eficiente, dicho en términos escolásticos, de una norma reglamentaria radica en una idea emitida por un cargo político, que sin más encarga a un subordinado la redacción del primer borrador (en muchos casos sin proporcionarle apenas directrices sobre su

⁸ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.998, pp. 806 y 807. Vid. también J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000 (1ª reimpresión 2.001), p. 352 (en el que incluye además como actividades preparatorias del procedimiento de elaboración de reglamentos las especificadas en el artículo 24.1 a) y f) LG). Por otra parte, entiendo que la misma conclusión puede obtenerse de la breve exposición de <<las fases de elaboración de los reglamentos>> que hace J.M. DESANTES GUANTER, *La Elaboración de las Disposiciones Generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, p. 45.

contenido). Resultaría pues inútil buscar tales estudios e informes en los expedientes que se custodian en los archivos porque casi nunca existen>>. D. BLANQUER⁹, por su parte, analizando la Memoria elevada por el Consejo de Estado al Gobierno en el año 1.987, destaca que los reglamentos no pueden prepararse de forma irreflexiva o caprichosa, sino con seriedad, debiendo estar anclados en estudios previos y no en el recurso a la intuición. No basta con que esos informes existan sino que además es necesario incorporarlos al expediente y conservarlos en él, ya que como denuncia la Memoria elevada por el Consejo de Estado en el año 1.985 no es extraño que los informes desaparezcan en el curso de la elaboración del proyecto de disposición general antes de que el reglamento sea aprobado.

El Consejo de Estado en su Memoria al Gobierno correspondiente al año 1.987 reitera la exigencia de elaborar tanto el informe previo que fundamente el texto de reglamento elaborado por la Administración Pública como de su Memoria económica en los siguientes términos¹⁰:

“Son muchos los expedientes en los que, bien por no figurar los estudios realizados, bien porque no pueden presuponerse o hallan expresa acogida en una buena Memoria justificativa del proyecto, cabe considerar atendida, sin mayor dificultad, la mencionada exigencia legal contenida en el artículo 129.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

⁹ D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, 1ª edición, Editorial Cívitas, 1.998, pp. 203 y 204.

¹⁰ D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, 1ª edición, Editorial Cívitas, 1.998, pp. 202 y 203.

En algunos expedientes, por el contrario, ni tales estudios aparecen ni es fácil deducir de la Memoria –que en ocasiones falta- si han sido efectivamente realizados y cuál es su eventual contenido.

En puridad y en cualquier caso, es necesario instalar en el actuar administrativo el hábito de que los referidos estudios han de constituir la base inexcusable de todo proyecto normativo, realzando su específica significación como garantía primaria de que la iniciativa a adoptar es legal, acertada y oportuna. Y la satisfacción de esa garantía demanda la equilibrada ponderación de los problemas advertidos, de los objetivos pretendidos y del contenido material del proyecto, con examen analítico, si ha lugar, de las fórmulas técnicas posibles; todo ello, además, completado con el estudio de los términos de su inserción en el ordenamiento jurídico y de sus efectos previsibles queridos o que por no serlo, requieren adoptar prevenciones cautelares u obstativas.

A partir de esos estudios puede prepararse con seriedad el texto normativo- aunque en el curso del procedimiento constituya sólo una primera versión-, así como la Memoria justificativa de la iniciativa tomada. Ni que decir tiene que la elaboración de tal Memoria dista de constituir un trámite rutinario, debiendo cumplir la función expositiva de los criterios y opciones ejercitadas a la vista de los repetidos estudios previos.

Si la primera fase del procedimiento se cumplimenta en la forma señalada, las actuaciones subsiguientes acreditarán, sin duda, una utilidad muy superior a la que puede obtenerse de una posterior averiguación, mejor o peor orientada, acerca de las motivaciones o intenciones del proyecto. El recurso a la intuición, necesario y arriesgado cuando se omiten los antecedentes reseñados, no es el mejor cimiento para la importante labor de producción normativa...”

Los estudios e informes específicos han de constituir, por lo tanto, la base inexcusable de todo proyecto normativo, configurándose la memoria justificativa como la exposición razonada de los criterios y opciones ejercitadas a la vista de los estudios previos. En determinados ámbitos normativos, la ausencia de informes específicos sobre las premisas de las que parte el proyecto de reglamento puede llevar a soluciones carentes de toda lógica, sobre todo si se trata de regular sectores económicos o materias tecnológicas, así v.gr., la televisión por cable o la telefonía móvil. A lo anterior, se añade la trascendencia que adquiere la memoria económica en supuestos relativos a la organización administrativa y a la puesta en práctica de nuevos servicios públicos, v.gr., la reglamentación de un nuevo servicio de atención a la mujer maltratada, pues sin una evaluación económica de las acciones de la Administración derivadas de la norma se pone en riesgo el propio equilibrio presupuestario del Ente público de que se trate o bien la aplicación práctica del reglamento.

Ambas memorias, en definitiva, dada la redacción del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno se configuran como documentos necesarios, en todo proyecto de elaboración de un reglamento del Ejecutivo.

Desde la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958, el Tribunal Supremo no ha dado una respuesta única sobre el carácter preceptivo o facultativo de los estudios e informes previos que hayan de

acompañar al borrador de un reglamento del Gobierno y las consecuencias que de su omisión se deriven. Así, en efecto, mientras algunas Sentencias lo han calificado como vicio de anulabilidad o incluso como irregularidad no invalidante (vid. SSTs de 22 de noviembre de 1.965¹¹ y de 17 de junio de 1.974, Ar. 2.847). Otras lo han calificado como vicio insubsanable a posteriori determinante de nulidad (Sentencia de 15 de noviembre de 1.983, Ar. 5.775).

De las Sentencias del Tribunal Supremo objeto del estudio realizado, no obstante, se deduce la calificación de tales estudios e informes previos y en especial de la memoria justificativa y de la memoria económica como documentos preceptivos que han de acompañar necesariamente al texto de reglamento que se propone. En este sentido se pronuncian las Sentencias de 12 de noviembre de 1.991 (Ar. 8.391), F.J. 3; 8 y 16 de junio de 1.992 (Ar. 4.789 y Ar. 4.934), F.J. 3; 5 y 9 de febrero de 1.999 (Ar. 1.632 y Ar. 1.552), F.J. 4, indicando la primera de las citadas (Ponente: M. MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS) que:

<<Destacan asimismo los recurrentes que no hay en la Memoria justificativa del Proyecto del Real Decreto una fundamentación lógica del mismo, alegación que no podemos compartir, al desprenderse del expediente administrativo la existencia de Memoria justificativa del Proyecto de Real Decreto, con razones que explican y motivan su promulgación, con expresa alusión al Cuerpo de Mutilados y también la existencia de Memoria económica, con cuantos datos exige la O. 4-2-1.980, de la Presidencia del Gobierno, con el preceptivo

¹¹ Sentencias citadas por J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 1.201.

informe de la Oficina Presupuestaria, de la Dirección General de Asuntos Económicos, del Ministerio de Defensa>>

De la argumentación recogida parece deducirse que *a contrario sensu* cabría apreciar infracción del procedimiento en el caso de que cualquiera de las memorias hubiera sido omitida y de que las mismas no contuvieran el contenido mínimo requerido en la normativa que las regula. Si bien la relevancia de dicho vicio procedimental, en la práctica jurisprudencial, suele anudarse a la circunstancia de que concurren igualmente otros trámites esenciales del procedimiento como el trámite de audiencia a las entidades interesadas o el dictamen preceptivo de un órgano consultivo.

3.- EL CARÁCTER DEL INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA.

En cuanto al informe de la Secretaría General Técnica, se regula en el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno con carácter preceptivo, del mismo modo que ya lo estaba en el antiguo artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La doctrina científica¹², desde un principio, ha venido atribuyéndole tal carácter obligatorio al informe de dicho órgano administrativo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tradicionalmente ha venido igualmente sancionando con nulidad de pleno derecho la omisión del referido trámite. En este sentido, pueden citarse las Sentencias de la Sala 3ª del

¹² J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de las Disposiciones Generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, p. 46.

Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.970 y 15 de diciembre de 1.972¹³. Se califica el citado informe como preceptivo teniendo su omisión el carácter de infracción formal insubsanable. La última de las Sentencias mencionadas afirma, además, respecto del acuerdo de incoación, cuando reviste la forma de anteproyecto elaborado por la Secretaría General Técnica, que <<el informe de dicho organismo, preceptivamente exigido por el artículo 130.1, se contiene implícitamente emitido a través de la propia elaboración del proyecto>>.

Ha de precisarse, por otra parte, que en el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios, el informe de la Secretaría General Técnica debe versar sobre el texto definitivo del proyecto, no sobre los borradores previos. En este sentido, se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado núm. 602/1.996, Sección 3ª, Consideración 1ª, de 29 de febrero de 1.996 (Rec. 16) al declarar que:

“Y por lo que se refiere al informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, obra en el expediente un informe de fecha 17 de julio de 1.995, pero este informe se refiere a un borrador de 6 de abril de 1.995 (propiamente un anteproyecto, pero no el texto definitivo) pues aparecen en el expediente, otros textos fechados el 28 de julio y 1 de diciembre de 1.995, a los que sigue un texto, al parecer definitivo, firmado precisamente por el Secretario General Técnico, que lleva como fecha la de 12 de febrero de 1.996. Si como dice el artículo 130.1 de la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo, el informe del Secretario General Técnico ha de versar sobre el

¹³ Sentencias citada por J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 1.201.

Proyecto de disposición, no parece cumplido este requisito indispensable del informe del Secretario General Técnico del Departamento.”

La jurisprudencia objeto del análisis realizado en la elaboración de esta tesis confirma, como no podía ser de otro modo, el carácter preceptivo del informe cuya omisión determina la infracción de un requisito formal de carácter insubsanable. Ello no obstante, no se exige que el citado documento realice una exposición detallada de las razones que determinan la legalidad, acierto y oportunidad del texto de la norma informada sino que basta para entender cumplido el trámite con la declaración escueta de su validez y acierto. A este respecto, cabe citar las Sentencias de 5 y 9 de febrero de 1.999 (Ar. 1.637 y 1.552 . Ponente: M. BAENA DEL ALCÁZAR), F.J. 4, Sección 4ª. En la última de las citadas indica que:

<< como hicimos en nuestra tan repetida sentencia anterior no pueden acogerse en cambio las alegaciones que versan sobre defectos de procedimiento y que se refieren a la memoria incluida en el expediente y al informe de la Secretaría General Técnica. En ambos casos los documentos tienen un contenido que quizás no responde íntegramente a lo que debe esperarse de estos documentos administrativos, bien por su carácter formal como es el caso de la Memoria, bien por haberse emitido de manera extraordinariamente sucinta como se hizo al emitir el informe de la Secretaría General Técnica. Pero no cabe duda que los documentos como tales se encuentran incorporados al expediente, sin que pueda concluirse que se haya omitido el trámite a la vista del contenido de uno y otro documento>>.

En todo caso, como expone la referida Sentencia el contenido ordinario del informe de la Secretaría General Técnica no debe limitarse a emitir, de modo sucinto, la declaración de validez y acierto del proyecto de Real Decreto reglamentario sino que puede ampliarse con otras consideraciones jurídicas como, por ejemplo, la vinculación que la nueva disposición general vaya a tener con el conjunto de normas ya dictadas por el Departamento ministerial.

Algún autor como D. BLANQUER¹⁴ se ha pronunciado a favor de que se solicite por el Centro Directivo que tramita el proyecto normativo, junto con el informe de la Secretaría General Técnica, el informe de la Abogacía del Estado porque entiende que en la preparación del reglamento deberían participar todos los órganos de la Administración con amplios y profundos conocimientos en el terreno del Derecho, especialmente cualificados en las distintas técnicas jurídicas. Así, aunque el informe no sea preceptivo, su solicitud resulta procedente cuando el expediente plantee cuestiones de contenido esencialmente jurídico. Afirma, a este respecto, que no deja de ser sorprendente que el informe de la Abogacía del Estado sea preceptivo para la aprobación de pactos y cláusulas de un contrato administrativo y, en cambio, no sea preceptivo en el expediente en el que se proyecta la elaboración de un reglamento, sin que hayan alterado dicha situación las Leyes 50 y 52/1.997 de 27 de noviembre reguladoras, respectivamente, del Gobierno y de la Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas. Ha de advertirse, no obstante, que la normativa de algunas Comunidades Autónomas sí exige, por el contrario, el informe de su servicio jurídico en el proceso de elaboración de

¹⁴ D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, 1ª edición, Editorial Cívitas, 1.998, pp. 221-222.

las normas reglamentarias, así v.gr., cabe citar el artículo 64.2.a) del Decreto 323/1.994, de 28 de septiembre del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y los artículos 67.4 y 97 de la Ley 3/1.995 de 8 de marzo del Parlamento de La Rioja.

4.- CARÁCTER DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO.

A.- La naturaleza jurídica y funciones del Consejo de Estado.

De conformidad con el artículo 107 de la Constitución, el Consejo de Estado constituye el supremo órgano consultivo del Gobierno. En consecuencia, su posición constitucional es la de un órgano de colaboración que se incluye dentro del Poder Ejecutivo del Estado. La Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1.990 de 29 de marzo (Ponente: L. LÓPEZ GUERRA) ha destacado la ubicación del Consejo de Estado al margen de la estructura ministerial de la Administración General del Estado afirmando [F.J. 37] que <<el Consejo del Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al art. 107 CE y al art. 1.1 de la Ley Orgánica 3/1.980, de 22 de abril (LOCE), un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 LOCE)>>.

La primera premisa que ha de destacarse en relación con el presente tema de investigación es la de que el Consejo de Estado es un órgano al

servicio del Gobierno de la Nación que actúa en funciones consultivas con carácter previo a la aprobación de la norma reglamentaria. A este respecto, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1.992 de 26 de noviembre (Ponente: C. DE LA VEGA BENAYAS) que declara [F.J. 2]:

“El Consejo de Estado es un órgano previsto y garantizado por el art. 107 CE que lo define como «supremo órgano consultivo del Gobierno». La interpretación de esta definición no es pacífica, como demuestran los alegatos de las partes. No obstante, está claro que ese inciso del art. 107 CE se está refiriendo a la función consultiva que el Consejo de Estado desarrolla para el Gobierno de la Nación en concreto, y así lo admiten expresamente el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado.

Sistemáticamente, no cabe duda de que ésta es la acepción del término «Gobierno» que el art. 107 emplea, pues este precepto se incluye en el Título IV de la Constitución, referido inequívocamente al Gobierno de la Nación y no a otros órganos de naturaleza gubernativa, como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Tampoco cabe entender que, por «Gobierno», el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración pública, como hace en cambio, el art. 103 CE, pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el art. 107 se inserta. De otro lado, los antecedentes legislativos vienen a confirmar esta tesis, pues precisamente la mención al Consejo de Estado como órgano supremo consultivo «en materias de Gobierno y Administración», que figuraba en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, fue conscientemente sustituido por la definición más estricta de «supremo órgano consultivo del Gobierno». Por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del

Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas.”

El carácter de la intervención de este órgano consultivo en relación con los reglamentos del Estado es notablemente diferente a la que corresponde a los Tribunales de lo contencioso-administrativo. La intervención de los órganos consultivos con carácter previo a la aprobación de disposiciones reglamentarias permite desarrollar una función preventiva de control global sobre la capacidad normativa del Gobierno, y por tanto, no sólo puntual y, además, a posteriori, que es lo que, en cambio, está en condiciones de ejercer la jurisdicción.

En opinión de T. FONT I LLOVET¹⁵, <<la función consultiva se sitúa en el tránsito de control de la legalidad del ejercicio de las potestades administrativas y de gobierno hacia la colaboración y auxilio de dichas potestades dentro de la legalidad>>. Trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1.996 que expone los diferentes aspectos que componen la función consultiva: <<auxiliar a la Administración consultante a los efectos del ejercicio de sus competencias; ser garantía de que la autoridad consultante va a actuar en los términos del mandato contenido en el art. 103 CE (servir con objetividad los intereses generales), y constituir, en cierto modo, un control, que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad y procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración>>.

¹⁵ T. FONT I LLOVET, *El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 62, mayo-agosto, 2.001, pp. 58-59.

G. GARCÍA ÁLVAREZ¹⁶, por su parte, afirma que, del régimen común de los dictámenes que emite, se pueden deducir dos misiones principales del Consejo de Estado:

a) El facilitar un punto de vista coincidente, complementario u opuesto al de los servicios ministeriales, incrementado en consecuencia el margen de libertad de decisión de la instancia política a la que se evita que caiga prisionera de las burocracias ministeriales.

b) Constituir una garantía de los ciudadanos al facilitar a los responsables políticos velar por la observancia del Derecho en la actuación administrativa y acrecentar su responsabilidad en caso contrario.

B.- Alcance del dictamen del Consejo de Estado.

El artículo 24.2 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1.997 establece que <<en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos>>. El artículo 22.3 de la LOCE de 22 de abril de 1.980, por su parte, señala los casos en los que el informe del citado órgano tiene carácter preceptivo al declarar que <<la

¹⁶ G. GARCÍA ÁLVAREZ, *Función consultiva y procedimiento (régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1.997, p. 35 y ss.

Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones>>.

Como señala M.V. DE DIOS VIÉTEZ¹⁷, por medio del mencionado artículo 22 de la LOCE se zanjaron las dudas suscitadas por el anterior artículo 17.6 de la derogada LOCE de 25 de noviembre de 1.944. En efecto, dicho artículo establecía que la Comisión Permanente del Consejo de Estado debería ser oída en la elaboración de <<reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las leyes, aunque por razón de urgencia se hubieran puesto en vigor con carácter provisional>>. Con fundamento en una interpretación literal del precepto transcrito, resultaba que la Administración podía eludir el trámite del dictamen del Consejo de Estado en los siguientes supuestos, a saber: a) en la elaboración de reglamentos de ejecución de las leyes de carácter no general sino parcial, es decir, reglamentos que no ejecutasen toda la ley; b) en la elaboración de reglamentos modificativos de un reglamento ejecutivo; y c) asimismo, el derogado artículo 17 también posibilitaba, al menos en apariencia, la puesta en vigor de reglamentos provisionales dictados con carácter de urgencia sin el previo dictamen del Consejo de Estado.

Los problemas planteados por el artículo 17 de la derogada LOCE de 25 de noviembre de 1.944 fueron los que motivaron que el Consejo de Estado, con el fin de evitar las <<viciosas>> prácticas de la Administración, aprobase y elevase al Gobierno una Moción sobre la Consulta al Consejo de los

¹⁷ M.V. DE DIOS VIÉTEZ, *El dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Ejecutivos ¿control o coparticipación en la potestad reglamentaria?*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 60, octubre-diciembre, 1.988, pp. 662 y 663.

reglamentos ejecutivos de leyes. Del contenido de dicha moción pueden extraerse los siguientes caracteres del alcance que tiene el dictamen del Consejo de Estado en el proceso de elaboración de los reglamentos:

- 1.- Ejerce una función fundamental de control interno y previo de la legalidad de los reglamentos.
- 2.- El dictamen tiene carácter preceptivo y previo constituyéndose en un requisito esencial y de orden público para la validez del reglamento ejecutivo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, por su parte, sobre el alcance del referido dictamen del Consejo de Estado en su ya citada Sentencia 204/1.992, de 26 de noviembre al declarar en su F.J. 4 que <<la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo>>.

C.- Requisitos de procedibilidad del dictamen.

Respecto a la pregunta de cuáles sean los requisitos que han de reunir los reglamentos para ser objeto del dictamen preceptivo del Consejo de Estado y en qué modo se produce su intervención en el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios, expongo los siguientes requisitos de

procedibilidad del dictamen señalados por M. REBOLLO PUIG y S. MUÑOZ MACHADO¹⁸ y desarrollados por quien redacta el presente trabajo doctoral a partir del examen de la jurisprudencia analizada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo recaída en recursos en los que se impugnan Reales Decretos reglamentarios:

1.- Ha de tratarse de <<reglamentos o disposiciones de carácter general>> como establece el artículo 22.3 de la LOCE con lo que quedan excluidos los actos administrativos, aunque sean generales (STS de 9 de diciembre de 1.976, Ar. 7.210). Igualmente quedan excluidas las instrucciones de servicio y las normas que no se integran propiamente en el Ordenamiento jurídico general.

2.- Es irrelevante el rango del reglamento proyectado (STS de 23 de diciembre de 1.991, Ar. 302 de 1.992).

3.- Por el término leyes hay que entender toda disposición con fuerza de ley formal, aunque provenga del Ejecutivo. Siendo indiferente que se trate de una ley ordinaria u orgánica, de un Decreto-ley o de un Decreto legislativo (STS de 16 junio 1.984, Ar. 3.909).

¹⁸ M. REBOLLO PUIG, *El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado*, Documentación Administrativa, números 244-245, enero-agosto 1.996, pp. 166-173. S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de Reglamento Ejecutivo en el Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 77, mayo-agosto, 1.975, pp. 144 y 145, realiza un análisis similar a partir de la interpretación del artículo 22. 2 y 3 LOCE de 22 de abril de 1.980 en el que únicamente destaca como nota diferencial la referencia a la exigencia del dictamen del Consejo de Estado en los supuestos de reglamentos que desarrollen derecho comunitario originario o derivado.

4.- En cuanto a los reglamentos que desarrollen el Derecho comunitario, la Ley 8/1.994 obliga a resolver conforme a lo establecido en la LOCE. Así, entiende que:

En la medida en que se produzcan reglamentos que desarrollen Tratados constitutivos, necesitarán el dictamen del Consejo de Estado en virtud del artículo 22.2 LOCE.

En cuanto al Derecho derivado, sólo parece necesario cuando se trate de reglamentos nacionales que ejecuten reglamentos comunitarios. A este respecto, cita precisamente una de las Sentencias que han sido objeto de examen por quien redacta estas líneas, concretamente la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1.994 (Ar. 6.969. Ponente: M. BAENA DEL ALCÁZAR, Sección 4ª) que declara al respecto [F.J. 3º]:

“Volviendo pues al punto central debe destacarse que, si bien el extremo de que ahora se trata no se encuentra previsto expresamente en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, nos encontramos ante una norma dictada por el Gobierno que desarrolla un Reglamento o un conjunto de Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen fuerza vinculante para las autoridades españolas en términos superiores a los propios de las leyes.

En estas condiciones en ningún modo podría mantenerse que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado si el Real Decreto se limitase pura y simplemente a transcribir al derecho interno los mandatos de la norma comunitaria. Pues en tal caso ello equivaldría a exigir que se recabara informe del Consejo de Estado respecto a la aplicación directa de una ley. Pero el caso es que para dictar el Real Decreto que ahora se impugna, según se deduce de los

autos, el Gobierno español ha efectuado la consulta oportuna a la Administración de la Comunidad Europea, la cual ha autorizado al Gobierno español a hacer uso de la cláusula de excepción prevista en el artículo 32 bis, párrafo 1, del Reglamento 797/1.985. En consecuencia el Gobierno español ha hecho uso de esta autorización desarrollando los preceptos de los Reglamentos comunitarios y especificando cuál ha de ser su aplicación concreta.

En tales condiciones el Real Decreto dictado por el Gobierno español que ahora se impugna presenta unas características que lo hacen rigurosamente equivalente a los Reglamentos dictados para ejecución de las leyes. Por tanto procede resolver el presente proceso de acuerdo con el espíritu que inspira la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 abril 1.980, anterior al ingreso de España en la Comunidad Europea, y por tanto entender que el proyecto de Real Decreto debió remitirse para su informe preceptivo a la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

De acuerdo con ello procede declarar que las actuaciones deben retrotraerse al momento en que debió solicitarse el dictamen de dicho Consejo, sin que sea procedente entrar en el estudio de la adecuación del Real Decreto al ordenamiento jurídico y por tanto en el fondo del asunto.”

En consecuencia, cabe sostener que los Reales Decretos que no se limiten simplemente a transcribir Reglamentos comunitarios deberán ser sometidos al dictamen del Consejo de Estado en cuanto que éstos últimos gozan de unas características que los hacen rigurosamente equivalentes a las leyes por lo que procede una interpretación extensiva al caso del artículo 22.3 de la LOCE.

5.- Es indiferente que el reglamento desarrolle una ley o parte de ella, aunque sea sólo un precepto, o que se conecte con un conjunto de leyes como indica la Moción de 1.969 y ha admitido el Tribunal Supremo (v.gr. Sentencias de 1 de octubre de 1.985, Ar. 4.530 y 26 junio 1.986, Ar. 3.581).

6.- La exigencia del artículo 22.3 LOCE no depende de que el reglamento sea el primero que ejecuta una ley. Necesitarán el dictamen también los sucesivos reglamentos que sustituyan o modifiquen al que inicialmente realizó esa operación. M. REBOLLO PUIG¹⁹, cita en apoyo de esta conclusión la Moción de 22 de mayo de 1.969 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1.975 (Ar. 4.878) que emplean el principio de *contrarius actus*.

No obstante, entiendo que, en este punto, no debe confundirse la anterior conclusión con el supuesto de que se dicten reglamentos que a su vez sean desarrollo de otros anteriores. En este caso concreto, los últimos reglamentos de desarrollo no tienen el carácter de disposiciones ejecutivas en el sentido del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1.980 pronunciándose en tal sentido las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 11 de abril de 1.994 (Ar. 3.112), F.J. 4; 12 de abril de 1.994 (Ar. 3.116), F.J. 4; 2 de mayo de 1.994 (Ar. 3.774), F.J. 4; y 4 de mayo de 1.994 (Ar. 3.776), F.J. 2. En concreto, la última de las Resoluciones citadas (Ponente: E. ESCUSOL BARRA) declara [F.J. 2]:

¹⁹ M. REBOLLO PUIG, *El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado*, Documentación Administrativa, números 244-245, enero-agosto 1.996, p. 169.

“El Real Decreto impugnado, limita su contenido al establecimiento del título universitario de Ingeniero Técnico en aeronaves y a las directrices generales de los planes de estudio conducentes a la obtención de dicho título. Dicho Real Decreto, fue elaborado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 11/1.983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3 del RD 1.496/1.987, de 6 noviembre, sobre obtención, expedición y homologación de títulos universitarios, y de conformidad con el artículo 8 y disposición adicional primera del RD 1.497/1.987, de 27 noviembre, sobre directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. Por esta vía se ejerció la potestad reglamentaria, y siendo tal ejercicio acordó con la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria y con los Reales Decretos mencionados de ejecución de aquélla, no eran necesarios, en el presente caso, los informes, observaciones o dictamen exigidos en los artículos 129, 130 y 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por estar ya esos trámites cumplidos.”

De acuerdo con la mencionada Sentencia de 4 de mayo de 1.994 (Ar. 3.776), el Real Decreto reglamentario que se dicte en desarrollo de otros Reales Decretos de ejecución de una ley queda eximido del cumplimiento obligatorio de los informes, observaciones o dictámenes exigidos legalmente con carácter general (alude a este respecto a todos los contenidos en los artículos 129 a 131 LPA), por entenderse dichos trámites ya cumplidos en el procedimiento de elaboración de los reglamentos dictados previamente por el Ejecutivo.

7.- La exigencia de dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado que establece el artículo 22.3 LOCE para aquellos reglamentos <<de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes>> debe circunscribirse a los reglamentos que sean potencialmente aplicables a todo el territorio nacional. Ello supone referir dicho precepto a los reglamentos estatales o, todavía más restrictivamente, a los dictados por la Administración del Estado. No obstante lo anterior, todavía queda por precisar cuáles son los <<reglamentos de ejecución>>, cuestión respecto de la cual me remito al Capítulo dedicado a las clases de reglamentos del Gobierno (Capítulo VIII.1).

No obstante, y para clarificar en lo posible la presente exposición, adelantaré que el concepto actual manejado por la doctrina y la jurisprudencia parte de la ya clásica definición contenida en la Moción del Consejo de Estado al Gobierno de 22 de mayo de 1.969 discutiéndose si puede emplearse una noción de reglamento ejecutivo que englobe otros supuestos no expresamente contemplados en la misma. La definición aludida afirma que los reglamentos ejecutivos de las leyes en el sentido de los preceptos estudiados (que exigen dictamen del Consejo de Estado) <<son aquéllos directa y concretamente ligados a una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento>>.

8.- El proyecto dictaminado por el Consejo de Estado ha de coincidir sustancialmente con el que se eleva para su aprobación y, además, ha de ser el último dictamen emitido en el proceso de elaboración del Real Decreto (art. 2.4 LOCE). El carácter final de la intervención del Consejo ha sido reiterado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.369), F.J. 2; y 13 de septiembre de 1.996 (Ar. 6.963), F.J. 2. En concreto, la primera de las citadas (Ponente: E. ESCUSOL BARRA, Sección 4^a), declara no vulnerado dicho carácter por el hecho de que en la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios se formularan observaciones verbales que tienen el carácter de notas previas a la deliberación del Consejo de Ministros, afirmando a continuación [F.J. 2]:

“El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 de la Constitución). Por ello tiene plena significación que el art. 2.4 de la L.O. 3/1.980, de 22 abril, del Consejo de Estado (BOE núm. 100, de 25 abril), disponga que «los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informes de ningún otro Cuerpo u Órgano de la Administración del Estado». Dicho precepto irradia su fuerza en el ámbito de lo que se denomina Administración consultiva, lo que queda corroborado en el párrafo segundo de dicho art. 2.4 de la L.O. 3/1.980, que puntualiza que si «hubiera dictaminado la Comisión Permanente, sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno». Se pretende con ello que el Consejo de Estado, como órgano supremo consultivo, sea el último que emita el trámite de consulta, velando por que la Administración actúe con observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de valorar los aspectos de oportunidad o conveniencia, cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como con la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines (art. 2.1 de la L.O. 3/1.980).”

En relación con los Reales Decretos reglamentarios, por lo tanto, el precepto contenido el artículo 2.4 LOCE determina que el Consejo de Estado, como órgano supremo consultivo del Estado, sea el último que emita el trámite de consulta, velando sobre todo por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico, sin perjuicio de valorar los aspectos de oportunidad o conveniencia de la disposición proyectada.

A veces el Consejo de Estado ha entendido procedente un segundo dictamen pero, sin embargo, el Tribunal Supremo nunca lo ha considerado necesario. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, objeto de la investigación desarrollada, de 14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.651. Ponente: E. ESCUSOL BARRA, Sección 3ª) que expone la regla general elaborada por la doctrina jurisprudencial, según la cual, no es preciso un segundo dictamen salvo que en el proyecto de reglamento se hayan introducido alteraciones sustanciales [F.J. 4º]:

“El problema que plantea la parte actora no es nuevo. Ya las SSTS 15 diciembre 1.972 y 15 diciembre 1.988, expresaron que no es necesario someter el proyecto del reglamento a un segundo dictamen cuando el proyecto anteriormente informado ha sido objeto de modificación en alguno de sus contenidos. Esta doctrina jurisprudencial hay que mantenerla, si bien debemos precisar que, conforme a lo que hemos razonado en el primer fundamento de Derecho de esta sentencia, al tener que estar la Administración sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en los términos dichos, la cuestión de la posibilidad de nuevo dictamen debe quedar circunscrita, exclusivamente, a aquellos casos en los que la supuesta modificación que pueda introducirse en el texto definitivo sea sustancial.”

Obsérvese que la regla trascrita, según la cual no es necesario someter el proyecto de Real Decreto reglamentario a un segundo dictamen cuando el mismo ya ha sido informado con anterioridad y, por lo tanto, ha sido objeto de las correspondientes modificaciones, únicamente *se exceptiona* cuando las mismas resultan sustanciales *en atención* al sometimiento de la Administración pública (el Ministerio proponente en el presente caso) a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Dicho razonamiento entiendo que constituye un fiel reflejo del peso que la jurisdicción contenciosa otorga al principio general de eficacia en la acción administrativa (artículos 103.1 CE y 3.1 LRJAPYAC) y que en el tema abordado se traduce en procurar la mayor economía procedimental.

D.- Consecuencias de la omisión del dictamen del Consejo de Estado.

En cuanto a las consecuencias que para la validez del reglamento aprobado por Real Decreto tenga la omisión del dictamen del Consejo de Estado durante su elaboración, el Tribunal Supremo ha seguido mayoritariamente una doctrina jurisprudencial que podría sistematizarse del siguiente modo:

1.- Los reglamentos del Gobierno impugnados en el marco de un recurso directo alegando la omisión del referido dictamen son siempre sancionados con la nulidad de la disposición variando la fundamentación del fallo: 1) Por aplicación del artículo 53.5 LPA el vicio es insubsanable (STS 22

de abril de 1.974); 2) equipara la omisión del dictamen a la ausencia total y absoluta del procedimiento (STS 20 junio de 1.986, Ar. 3.581); 3) vincula la infracción del procedimiento directamente con el artículo 47.2 LPA (Sentencia de 15 de enero de 1.982, Ar. 6); y, finalmente, 4) procede sin más a la anulación del reglamento (Sentencia de 12 de diciembre de 1.985, Ar. 6.245).

2.- En cambio, en el ámbito del recurso indirecto contra reglamentos, se mantiene la imposibilidad de apreciar la invalidez del reglamento del Ejecutivo por vicios en el procedimiento de elaboración afirmándose que no generan la nulidad conforme a la disposición contenida en el art. 47. 2 LPA (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio 1.973, Ar. 2.731; 13 de noviembre de 1.973, Ar. 4.139; 18 de diciembre de 1.973, Ar. 4.603; 25 de febrero de 1.974, Ar. 1.781 y 24 de septiembre de 1.975, Ar. 842)²⁰.

En el año 1.987, tiene lugar, sin embargo, un cambio en el criterio jurisprudencial en orden a los efectos invalidatorios del dictamen del Consejo de Estado en virtud de dos Sentencias de fechas 7 de mayo y 2 de junio de aquel año cuyo ponente es el Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, F. GONZÁLEZ NAVARRO.

En la primera de las Sentencias de 7 de mayo de 1.987 (Ar. 5.241), desestima un recurso directo contra el Real Decreto 2.004/1.984 y declara que, en cuanto a los vicios de forma de las disposiciones generales, el Tribunal

²⁰ Sentencias citadas por R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, p. 76 y por A. DE ASIS ROIG, *Los efectos de la Omisión del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales*, Poder Judicial, número 16, diciembre, 1.989, p. 40 y ss.

debe valorar la razón de ser de un requisito determinado a efectos de atribuir o no a su omisión consecuencias anulatorias. Afirmando a continuación [F.J. 5]:

“Y es el caso que el informe del Consejo de Estado es un trámite que tiene por finalidad efectuar ex ante un control de la legalidad de la norma que se pretende elaborar. Y como ya queda razonado que esa legalidad ha sido escrupulosamente respetada, sería atentar al principio de economía procesal que este Tribunal renunciara a ejercitar el control que le corresponde realizar ex post, para que el Consejo de Estado venga a decir lo que aquí se puede ya decir y se ha dicho: que no haya obstáculo a que la norma se dicte como se ha dictado. Y todo esto prueba, además, los inconvenientes de una antigua práctica judicial -que ya hoy puede considerarse erradicada- de considerar, sin más los vicios de forma como «de orden público», curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación quedaba cerrado el paso a la justicia sobre el fondo. Y todo ello exime a esta Sala de tener que plantearse si el Decreto reglamentario que nos ocupa tiene naturaleza de norma de ejecución -lo que a primera vista parece, por lo menos, discutible- o es una norma independiente.”

La doctrina sentada por la Resolución judicial puede resumirse en los siguientes términos: 1) el dictamen del Consejo de Estado no constituye un requisito para la perfección del reglamento ejecutivo; 2) el Tribunal puede entrar a valorar la legalidad material de una norma que ya se ha perfeccionado a pesar de la omisión del dictamen señalado; y 3) el Tribunal Supremo sólo incidirá en la validez de la norma cuando su contenido sea contrario a la legalidad material.

La resolución citada fue seguida de la Sentencia de 7 de junio de 1.987 (Ar. 5.908) del mismo Magistrado, dictada con ocasión de un recurso indirecto contra el Decreto 3.052/1.966, de 17 de noviembre en la que respecto de la posibilidad de convalidación por la Administración en el supuesto del artículo 53.5 de la LPA declara [F.J. 4º]:

“Y es lógico que así sea, porque no se trata de cumplir con un rito formal-informe del Consejo de Estado-, sino de que éste sirva para algo, advertir de posibles ilegalidades, a fin de que se puedan corregir antes de que la norma se perfeccione. Y ahí radica la razón de ser y la naturaleza misma del informe cuando opone reparos al proyecto: advertencia de ilegalidad. Pero si esa es la finalidad del informe, es claro que las Salas de lo Contencioso-administrativo pueden y tienen que suplir aquella función, apreciando a posteriori si hay o no ilegalidad en el Reglamento ya perfeccionado. Que sería absurdo pensar que la omisión de este informe del Consejo de Estado impide al Poder Judicial controlar la legalidad en cuanto al fondo. Y si, como aquí ocurre, no se advierten concretos motivos de contradicción con el ordenamiento jurídico en cuanto al fondo, carece de sentido derogar un Reglamento para que el Consejo de Estado venga luego a decir lo que la Sala se halla también en condiciones de apreciar. El principio de economía procesal apoya también que lo procedente es rechazar al pretensión del apelante”

La argumentación transcrita puede concretarse en las siguientes afirmaciones: 1) Los Tribunales pueden declarar la legalidad del reglamento dictado con omisión de dicho informe preceptivo porque el art. 53.5 LPA únicamente prohíbe que la Administración convalide tales dictámenes; y 2) <<la función del Consejo de Estado consiste en advertir las posibles ilegalidades a fin de que puedan corregirse antes de que se perfeccione la norma>>.

La línea jurisprudencial expuesta fue superada, de modo definitivo, por la doctrina posterior del Tribunal Supremo, pudiendo citarse en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1.988 (Ar. 5.060) y la dictada por la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo de 1.989 (Ar. 3.744/1.992) siendo ponente de ambas R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE y declarando en la última, F.J. 4º, con ocasión de un recurso directo contra un reglamento del Gobierno, que <<la omisión del dictamen del Consejo de Estado es insubsanable y provoca la nulidad de pleno Derecho de la norma reglamentaria afectada>>. Y en la actualidad, puede considerarse que continúa uniforme la doctrina tradicional del Tribunal Supremo expuesta en un principio como se deduce de la Sentencia analizada de la Sala 3ª, Sección 7ª de 8 de julio de 1.994 (Ar. 5.677. Ponente: M. GARCÍA CARRERO) que realiza una exposición general de la evolución jurisprudencial en los siguientes términos [F.J. 3]:

“La proyección jurisdiccional de la consulta preceptiva previa a cargo del Consejo de Estado en orden a la eficacia jurídica que se reconozca a la disposición reglamentaria afectada, marca una línea evolutiva cuyas aparentes oscilaciones pueden estar esencialmente condicionadas por la variedad de situaciones y de matices que contribuyen a la dificultad de exponer unos principios orientativos dotados del deseable grado de transparencia y operatividad.

En una visión retrospectiva, merece particular destaque la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de 10 mayo 1989 (seguida por otras en la misma dirección), en la que se afirma con rotundidad que el Consejo de Estado, cuya subsistencia aparece recogida en el artículo 107 CE cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con el

máximo ajuste a la Ley y al derecho, respetando así el principio de jerarquía normativa también consagrado constitucionalmente (artículo 9). No es correcto, pues, volatilizar esta cautela previa, que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general, mediante su confusión con el control judicial posterior configurado en el artículo 106 CE. La intervención preceptiva del Consejo de Estado no se queda, por tanto en mero formalismo, corrupción o perversión de la forma, sino que actúa como garantía profiláctica, preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, propia de un Estado de Derecho (F. 6.º).

Más recientemente, aun partiendo del reconocimiento de que «es materia aún no pacífica, al menos en términos absolutos, la trascendencia invalidante que la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, tiene en cuanto a los actos administrativos o disposiciones generales en cuya producción jurídica no fue observado dicho trámite de consulta, siendo el mismo preceptivo», ha sido reafirmado que no se puede asumir el criterio de la declaración de validez de una norma reglamentaria impugnada en recurso directo fundado en que el control preventivo o «ex ante» que cumple el trámite de informe del Alto Cuerpo Consultivo puede ser sustituido, sin merma de la validez, por el control «ex post» que de la misma norma pueda realizar la jurisdicción [cfr. STS, Especial, Rev. 25 febrero 1.994 y STS 3.ª, Pleno, 28 junio 1.994].

Sin embargo, subsiste el hecho anotado en la última sentencia reseñada, de que sobre un fondo doctrinal común de reconocimiento de la necesidad de respetar el precepto legal que hace obligada la audiencia del Consejo de Estado, de modo que su omisión se considera que vicia sustancialmente el procedimiento, la jurisprudencia ha flexibilizado con frecuencia este criterio general, con la finalidad de evitar en determinados casos un pronunciamiento de nulidad por este solo motivo (F. 4.º). Dos modalidades características de esta orientación flexible, inspirada en parte en criterios de funcionalidad, son la exclusión del marco jurídico-procesal del recurso indirecto contra disposiciones reglamentarias, de la impugnación que esté circunscrita a su invalidación

basada en el incumplimiento del requisito formal de audiencia previa, desconectado de la legalidad del contenido material de la norma [STS, Rev. 29 octubre 1.987] o la impugnación directa basada en la introducción posterior de modificaciones al texto informado por el Alto Cuerpo Consultivo [STS, Rev. 6 octubre 1.989].

Pero sobre todo, a la hora de establecer conclusiones en el asunto concreto debatido en este proceso, teniendo a la vista las alegaciones de las partes, es preciso determinar si la disposición legalmente cuestionada encaja en la clasificación de reglamento ejecutivo, entendida en la extensión del concepto del artículo 22.3 de la LO 3/1980 (Reglamentos o disposiciones de carácter general dictados en ejecución de las leyes o las modificaciones de dichos reglamentos o disposiciones).”

Por consiguiente, se mantiene como regla general la declaración de nulidad de los reglamentos dictados con omisión del dictamen del Consejo de Estado impugnados mediante recurso directo. Ello no obstante, la Resolución judicial citada señala dos supuestos en los que la jurisprudencia ha flexibilizado el criterio general de que la omisión del dictamen vicia sustancialmente el procedimiento con el objetivo de evitar un pronunciamiento de nulidad <<por este solo motivo>>. Los dos supuestos citados en los que se excluye la alegación de requisitos de procedimiento son:

- 1.- El recurso indirecto contra disposiciones reglamentarias en el que se excluyen las impugnaciones que estén limitadas a su invalidación basada en el incumplimiento del requisito formal de audiencia previa desconectado de la legalidad del contenido material de la norma.

2.- La impugnación directa fundada en la introducción posterior de modificaciones al texto informado por el Alto Cuerpo Consultivo. Dicha afirmación debe ser matizada por la doctrina ya citada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.651) que condiciona la posibilidad de apreciar vicio de forma a que se hayan operado en el texto del reglamento proyectado <<transformaciones sustanciales>>.

La doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo expuesta ha venido a ser posteriormente confirmada por las Sentencias de la Sección 4ª de 5 y 9 de febrero de 1.999 (Ar. 1.637 y Ar. 1.552. Ponente: M. BAENA DEL ALCÁZAR), F.J. 3º, dictadas con ocasión de dos recursos directos contra reglamentos, en lo que se anulan sendos Reales Decretos por haberse omitido en su elaboración el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. La última de las Sentencias dictadas, en su F.J. 3º afirma:

“Mejor suerte deben correr en cambio las demás alegaciones, que se refieren a aspectos procedimentales de la tramitación seguida para elaborar el Real Decreto, y singularmente a la omisión de informes preceptivos. No es el caso de insistir en este momento en el tema relativo a la omisión del preceptivo informe del Consejo de Estado, pues aunque los recurrentes formulan esta alegación más bien podría decirse que simplemente mencionan el tema sin insistir en el mismo. En cualquier caso debemos apreciar ahora, como lo hicimos también en nuestra reciente sentencia antes citada, que no consta en autos que se haya emitido el informe del aquel alto órgano consultivo, por lo que se ha producido una vulneración del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.”

La jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo recaída en recursos directos sanciona,

por consiguiente, con la nulidad de pleno derecho la omisión durante el expediente de elaboración de un Real Decreto reglamentario del dictamen del Consejo de Estado en la medida en que supone una vulneración del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

5.- EL TRÁMITE DE AUDIENCIA.

A.- Carácter del trámite de audiencia.

La generalidad de doctrina científica considera conveniente la participación de los particulares en los asuntos públicos. Como señala A. GONZÁLEZ LLANOS²¹, constituye un hecho patente en los modernos Estados de Derecho que los centros de decisión escapan muchas veces a los representantes elegidos por los ciudadanos para ir a caer exclusivamente en manos de los funcionarios y es precisamente ahí donde debe insertarse la democracia. Los procedimientos administrativos constituyen una oportunidad para permitir la participación de los particulares en las tareas públicas sin que las mismas queden limitadas a la participación electoral. A este respecto, afirma en relación con los Estados nórdicos que frente a los principios de democracia convencional, descrita en 1.943 por J. SCHUMPETER, la nueva democracia exige la constante preocupación del público por las decisiones administrativas. Asimismo, entiendo que se hace preciso el establecimiento de

²¹ A. GONZÁLEZ LLANOS, *Sobre los sistemas administrativos escandinavos*, Documentación Administrativa, número 184, octubre-diciembre, 1.979, pp. 53-54.

un sistema de contrapesos que permita la protección de los diferentes grupos, y especialmente de las minorías, frente a la acción del Gobierno.

Pues bien, intentando reflejar la nueva orientación en el funcionamiento de las Administraciones públicas de las democracias occidentales, visible especialmente en la segunda mitad del siglo XX, la colaboración de los administrados fue precisamente declarada como una de las grandes metas a cumplir por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958²². El Derecho administrativo, como ya señalara E. FORSTHOFF, había evolucionado pasando de un sistema de limitaciones a un sistema de participación de los administrados en las tareas públicas. Dicho objetivo se reflejaba en varios artículos del texto legal, en concreto en los artículos 27, 33, 34 y 130, disponiendo éste último en cuanto a la elaboración de disposiciones de carácter general que “...siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe”. El artículo 130.4 de la LPA, permitía así, por primera vez en nuestro Derecho, un cauce a la participación indirecta de los administrados en el proceso de elaboración de reglamentos a través de un trámite directo de audiencia.

²² L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, pp. 21-22.

Promulgada la Constitución Española de 1.978, el artículo 105.a) establece que <<la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten>>.

El precepto constitucional por consiguiente remitía a una ley la regulación del derecho de participación lo que, sin embargo, no impedía que su contenido debiera ser considerado preceptivo. Y en este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1.981 de 8 de junio (Ponente: R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Sala 1^a) que en su F.J. 5 declaraba:

“Las garantías omitidas no hacen sólo referencia a la audiencia del interesado como parece entender el representante de la Administración y el Ministerio Fiscal, sino a la omisión de todo procedimiento y, dentro del mismo, del trámite de audiencia. Por lo demás debe señalarse que la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata.”

Los principios consagrados en el artículo 105 CE, por consiguiente, resultaban directamente vinculantes ya que la reserva de ley que efectúa el citado artículo no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas, en concreto del derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución.

En este punto, he de mencionar que el artículo 105.a) CE ha sido interpretado en dos sentidos por la doctrina española entendiéndolo como:

- a) Manifestación del derecho de defensa frente a la Administración desarrollado por J.R. PARADA VÁZQUEZ.
- b) Expresión del derecho de participación, pudiendo citarse a este respecto F. GARRIDO FALLA, M. SÁNCHEZ MORÓN, M. BASSOLS COMA²³.

En concreto, M. SÁNCHEZ MORÓN²⁴ realiza una interpretación sistemática de la Constitución que puede concretarse en las siguientes afirmaciones:

²³ J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Comentarios al artículo 105 de la Constitución*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1.978*, Tomo VIII, Edersa, 1.985, p. 300; F. GARRIDO FALLA, *Comentarios al artículo 105 de la Constitución*, en *Comentarios a la Constitución*, 2ª edición, Editorial Cívitas, 1.985, p. 1.451; M. SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución española*, *Revista de Administración Pública*, número 89, 1.979, p. 171 y M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, *Revista Española de Administración Pública*, número 88, 1.979, p. 114. citados por J. DE LA CRUZ FERRER, *Hacia la garantía jurisdiccional de la audiencia en la elaboración de los reglamentos*, *Poder Judicial*, número 9, junio, 1.988, p. 131.

²⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución española*, *Revista de Administración Pública*, número 89, 1.979, p. 171.

1.- La idea de participación subyace en la explicación de que la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado.

2.- Se manifiesta en el principio general de que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (art. 9.2 CE).

3.- Se concreta en el derecho fundamental a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

4.- Y, finalmente, este derecho, entre otras modalidades de ejercicio, se manifiesta en la participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas (art. 105.a) CE).

J. DE LA CRUZ FERRER²⁵, por su parte, afirma que la fundamentación de esta importancia del artículo 105.a) CE descansa en la idea de que es necesario recomponer en el proceso de elaboración de los reglamentos la representación de los intereses afectados en la medida en que la potestad reglamentaria se

²⁵J. DE LA CRUZ FERRER, *Hacia la garantía jurisdiccional de la audiencia en la elaboración de los reglamentos*, Poder Judicial, número 9, junio, 1.988, p. 132. El autor cita en apoyo de dicho argumento a J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa*, Revista de Administración Pública, números 100-102, 1.983, p. 501, y la doctrina americana en general.

<<desvincula>> de la ley, y, por lo tanto, de la representatividad parlamentaria. Teniéndolos en cuenta y no ignorándolos, se puede llegar a un equilibrio entre los mismos que intente la mejor aproximación a la realización del interés general.

En la actualidad, el trámite de audiencia para la elaboración de los Reales Decretos reglamentarios viene regulado en el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1.997 que sustituye al derogado artículo 130.4 LPA. En concreto, el precepto citado declara que:

“La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el término de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.”

En opinión de quien realiza la presente exposición, del precepto transcrito puede extraerse, en primer lugar, la consideración de la audiencia como un trámite cuyo objetivo fundamental es el de dar ocasión a los ciudadanos cuyos derechos e intereses legítimos se vean afectados por el proyecto de una norma reglamentaria para que expresen su parecer de modo que la Administración competente puede conocer y ponderar sus alegaciones y, en su caso, realizar la oportunas mejoras en el texto de la disposición general.

Precisamente por estar destinado el trámite de audiencia a recoger la opinión de los interesados en relación con las normas que les afecten, se excluyen de dicho trámite aquellas normas que tengan un carácter exclusivamente organizativo, es decir, las disposiciones que regulan la estructura orgánica de la propia Administración General del Estado y de sus organizaciones dependientes o adscritas a ella (artículo 24.1.e) LG). La exclusión señalada ya era acogida por la jurisprudencia. En este sentido pueden citarse las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 y 27 de

enero de 1.992 (Ar. 662 y Ar. 681); 20 de mayo de 1.993 (Ar. 3.421, 3.422 y 3.418) y 15 de julio de 1.993 (Ar. 6.194). En concreto, la última de las citadas (Ponente: P.J. YAGÜE GIL, Sección 3ª) dispone en su F.J. 3º:

“Tampoco podemos aceptar que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado se haya infringido el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que regula la llamada audiencia corporativa. Como ya tenemos dicho en las SS. 20 mayo y 19 abril 1.993, «el Real Decreto impugnado, por su carácter organizativo y meramente «administrativo» es -como se ha expuesto- una concreción del art. 29.1.3.º b) y c), del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, que no requería una nueva audiencia de las entidades representativas de los intereses corporativos afectados por haber sido ya tenidos en cuenta en la elaboración del citado reglamento de ejecución.”

En segundo lugar, el precepto establece la audiencia con carácter preceptivo de modo que la misma, por regla general, no puede obviarse ni siquiera por razones de urgencia. Las únicas posibilidades de no dar apertura al trámite de audiencia se concretan en los siguientes supuestos:

1) Que el Ministerio proponente declare y motive, con anterioridad al momento en que debía proceder a dar la audiencia exigida legalmente, que en relación con el Real Decreto normativo proyectado concurren razones de interés público que obligan a la omisión de la consulta a las personas afectadas o a las asociaciones o entidades que las agrupan o representan. Circunstancia que se vincula, de modo directo, con la idea del secreto que en circunstancias excepcionales puede requerir la actuación administrativa, precisamente con el

propósito de obtener una máxima eficacia de la norma proyectada en el momento de su entrada en vigor.

2) Que, con carácter anticipado durante la elaboración del texto del reglamento proyectado, se proceda por el centro directivo a solicitar un informe previo a las asociaciones y agrupaciones que deberían ser llamadas al mismo. Se trata en realidad de un supuesto de anticipación del referido trámite para permitir incluso acoger en la redacción del proyecto de la norma reglamentaria las alegaciones que puedan formularse.

a) Requisitos generales del trámite de audiencia.

Definido en sus rasgos principales el trámite de audiencia a los ciudadanos, procede exponer a continuación cuales son los requisitos fundamentales del mismo que se deducen tanto del precepto transcrito de la Ley del Gobierno como de la jurisprudencia examinada con ocasión de la presente tesis. Tales requisitos pueden resumirse en los puntos que señalo a continuación.

1.- Puede realizarse la audiencia de acuerdo con dos modalidades:

1) De forma directa con los ciudadanos afectados, esto es, de manera individualizada, lo que constituye una novedad en el Derecho español, y que entiendo sólo se llevará a cabo en los supuestos en los que concurren las siguientes circunstancias: a) que los particulares afectados no sean un número excesivo de ciudadanos; b) que los mismos puedan ser fácilmente

identificados; y, finalmente, c) que su opinión sea especialmente relevante en la definición de la norma proyectada.

2) A través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, con lo que se da entrada tanto a las corporaciones de derecho público y asociaciones que por ley asumen la representación general de los sectores en los que actúan (v.gr. los sindicatos que adquieren la condición de más representativos o los colegios profesionales que asumen por ley la representación de los colegiados en su respectivo ámbito) como a las asociaciones que simplemente manifiestan la opinión de sus miembros.

2.- Se procederá a la apertura del trámite de audiencia una vez que se haya elaborado el texto de la disposición general y, en consecuencia, después de haberse emitido las memorias justificativa y económica, así como los informes y estudios destinados a asegurar la legalidad y acierto de la norma reglamentaria.

3.- En el acuerdo de apertura del trámite deberá motivarse la elección de una de las dos modalidades de audiencia previstas en la ley, así como la justificación del procedimiento seguido para identificar a los potenciales afectados.

4.- El trámite habrá de realizarse dentro de un plazo razonable no inferior a quince días si bien puede reducirse a un mínimo de siete días cuando se den razones graves de interés público que deberán recogerse explícitamente en el expediente administrativo.

Hasta aquí los caracteres del trámite que, en mi opinión, pueden deducirse directamente de la nueva regulación de la audiencia en el

procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios. No obstante, pueden añadirse asimismo otros caracteres que he deducido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada y que concreto en los siguientes apartados:

1.- No es necesario agotar la totalidad de las entidades o asociaciones representativas existentes en el sector al que va dirigido la norma proyectada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronuncia en este sentido en sus Sentencias de 12 de enero de 1.990 (Ar. 9.636, F.J. 3º) y 22 de enero del 2.000 (Ar. 2.992, F.J. 2º). La primera de las citadas (Ponente: S. MARTÍNEZ SANJUÁN, Sección 3ª) establece que:

“La posibilidad racional, a que antes se alude, dada la índole del Real Decreto 1.200/1986, de aplicación en todo el territorio del Estado español, de <<conceder audiencia u oportunidad de exponer su parecer en razonado informe>> que las normas analizadas contienen, cuando ha de aplicarse a las Asociaciones de Profesores Contratados de Universidad no pueden alcanzar a aquellas que no tengan un ámbito nacional.”

La Sentencia de la Sección 2ª de 22 de enero del 2.000 (Ar. 2.992, F.J. 2º) afirma que:

“No se aprecia infracción del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de la Disposición general pues según reiterada jurisprudencia, bastaba con entender el trámite de audiencia con un número apreciable de entidades o asociaciones representativas del sector dado que sería imposible extenderlo absolutamente a todas las que pudieran verse afectadas por la nueva disposición.”

Por consiguiente, la regla señalada se funda en la imposibilidad racional de cumplir el trámite de audiencia con la totalidad de las entidades o asociaciones representativas del sector afectado por la norma del Gobierno. Dicha conclusión, sin embargo, entiendo que ha de ser matizada por el Ministerio proponente de la disposición general y, en su caso, por el Juez o Tribunal en aquellos casos en que el número entidades o asociaciones potencialmente llamadas a dicho trámite por la ley sea reducido.

2.- Las alegaciones dirigidas al Centro directivo durante el trámite de audiencia en ningún caso tienen carácter vinculante para el Gobierno y, por lo tanto, no puede impugnarse un Real Decreto fundándose en que las observaciones formuladas no quedaron reflejadas en el contenido de la norma aprobada. Tal doctrina viene recogida en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1.998 (Ar. 4.197), F.J. 4, y 21 de diciembre de 1.999 (Ar. 775). En concreto, la segunda de las mencionadas (Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO, Sección 4^a) declara [F.J. 3]:

“Para sostener la ausencia de la preceptiva audiencia, la parte actora efectúa una distinción entre una audiencia que sería meramente formal y otra verdaderamente material o sustantiva que no puede ser acogida. La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas que les afecten, a que se refiere el artículo 105 CE y, en su momento, el artículo 130 LPA consiste en proporcionar la adecuada oportunidad de hacer valer sus alegaciones en atención a la doble dimensión de garantía, como medio de hacer valer los propios derechos e intereses, y de mecanismo que facilite el acierto en la integración del contenido de la norma

que definitivamente se apruebe con las aportaciones o sugerencias que se efectúen; pero, en modo alguno, se condiciona la validez de la audiencia a que efectivamente se acojan o se incorporen las alegaciones o sugerencias que se hubieran hecho al evacuar el trámite. O, dicho en otros términos, lo que el ordenamiento jurídico exige es que se oiga a las organizaciones legitimadas antes de aprobarse la norma reglamentaria, no que ésta acoja, en mayor o menor medida, las alegaciones que se efectúen con oportunidad de la audiencia otorgada.”

3.- No se considera exigible cuando se trate de un Real Decreto dictado en desarrollo de otro anterior sobre la misma materia por cuanto se entiende cumplido el trámite con el que se realizó con motivo de la elaboración de la primera de las normas. A este respecto, cabe citar las Sentencias de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1.994 (Ar. 3.112), F.J. 4; 12 de abril de 1.994 (Ar. 3.116), F.J. 4; 2 de mayo de 1.994 (Ar. 3.774), F.J. 4; y 4 de mayo de 1.994 (Ar. 3.776), F.J. 2. En concreto, la primera de las mencionadas (Ponente: J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ) expuso [F.J. 4]:

“El Real Decreto recurrido limita su contenido a la aprobación de la titulación y de las directrices generales propias propuesta por el Consejo de Universidades, de conformidad con el Real Decreto 1497/1987 que viene a conferir una habilitación al Gobierno para realizar esa aprobación ya prevista en términos más generales por el artículo 28.1 de la Ley de Reforma Universitaria ejercitando por esta vía su potestad reglamentaria normativa en el específico ámbito que se determinaba.

En estas excepcionales circunstancias la elaboración del Real Decreto impugnado -como de las demás que establecen las titulaciones específicas y las directrices propias para su obtención- quedaba sujeta a la propuesta respectiva

del Consejo de Universidades, sin perjuicio de cumplir la audiencia de los Colegios Profesionales prevista en el art. 5,f) de la Ley 2/1974, de 13 febrero. Ambos requisitos se han cumplido, sin requerir los informes, observaciones o dictamen exigidos en la elaboración de las disposiciones generales según los artículos 129, 130 y 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que la actora estima vulnerados, ya que ese procedimiento se cumplió -y en ello están acordes las partes de este litigio- al elaborarse el Real Decreto ejecutivo de la Ley de Reforma Universitaria 1497/1991. La eficacia y el antiformalismo que presiden la actuación Administrativa, en el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que proclama el art. 106.1 de la Constitución, no reclaman en el presente caso exigir nuevamente esas informaciones que garantizan la «legalidad, acierto y oportunidad de la disposición» -según el art. 129 invocado-por haberse ya cumplido la solemnidad procedimental exigida.”

El Real Decreto impugnado, por lo tanto, limitó su contenido al establecimiento del título universitario de Ingeniero Técnico Aeronáutico y a las directrices generales de los planes de estudio conducentes a la obtención de dicho título, constituyendo una mera concreción de los Reales Decretos 1.496/1.987, de 6 noviembre (artículo 1 y Anexo I) y 1.497/1.987, de 27 noviembre, (artículo 1) que ejecutaron el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 11/1.983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, por lo que la mencionada Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1.994 (Ar. 3.112) considera <<ya cumplidos>> los trámites de los artículos 129, 130 y 131 LPA en atención al principio de economía procedimental.

b) Naturaleza jurídica del trámite de audiencia.

La naturaleza jurídica del trámite de audiencia continúa siendo, tras la nueva regulación, la de constituir un cauce que permita la presencia de los

ciudadanos titulares de derechos e intereses legítimos, como concreción del derecho de defensa, en el procedimiento de elaboración por el Ejecutivo del reglamento que les afecta equiparándose con ello al trámite esencial de audiencia al interesado previsto en el artículo 84 de la LRJAPYAC en la instrucción del procedimiento de elaboración de los actos administrativos. Se configura, además, como un trámite obligatorio de participación ciudadana destinado además a asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la norma reglamentaria del Gobierno o de cualquiera de sus órganos. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) declara [F.J. 3]:

“La Ley de Procedimiento Administrativo, contempla la elaboración de las disposiciones de carácter general (por lo tanto, de los reglamentos), como un procedimiento especial. De los distintos trámites que dicha Ley exige para la elaboración de los reglamentos, además del dictamen preceptivo de la Secretaría General Técnica (art. 130.1 LPA), debe destacarse que el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a las entidades que por Ley ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición, la oportunidad de exponer su parecer razonado, sin más salvedad que la existencia de razones de interés público que se opongan a ello. El trámite de información que contempla el art. 130.4 de la LPA, es el equivalente al trámite de audiencia del interesado que exige el art. 91 de dicha Ley: se trata de un trámite esencial, tanto que la Constitución, en su citado art. 105.a), precisa que el mismo debe realizarse directamente con los interesados o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas en la Ley. La esencialidad de dicho trámite, descansa en la conveniencia de asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la disposición que se elabore (art. 129 de la LPA) .“

Por otra parte, el trámite se califica de esencial en atención a su reconocimiento constitucional, en la medida en que el artículo 105.a) CE precisa que el mismo debe realizarse directamente con los interesados o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas en la Ley. La esencialidad de dicho trámite se fundamenta, en definitiva, en la conveniencia de asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la disposición que se elabora.

B.- Naturaleza de las entidades llamadas al trámite de audiencia.

En cuanto a la participación de los ciudadanos en el trámite de audiencia se ha suscitado una polémica en torno a cual sea la naturaleza jurídica de esa participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, polémica aún no resuelta en el ámbito de la doctrina jurisprudencial. Así, cabe señalar que :

1.-El Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1.985 de 8 de mayo (Ponente: J. AROZAMENA SIERRA, Sala 2ª) declara que la audiencia a los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones no constituye ni a aquéllos ni a éstos en <<interesados>> en el sentido de partes procedimentalmente necesarias. El F.J. 3º de la Sentencia declara:

“Nos encontramos, en realidad, en el caso de una disposición de carácter general, y, por tanto, del procedimiento para su elaboración, y en él no tuvo que ser parte procedimental la COAG, pues en tal procedimiento no hay interesados que tengan que ser llamados a adoptar en el mismo la posición de «interesados». La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones [art. 105.a) de la Constitución] no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias. Se trata de un caso de participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, a las que aun participando en el procedimiento -que no es el caso de este recurso-, no se les asigna el carácter de parte procedimental (o interesado), con lo que esto entraña a los efectos de su llamada al ulterior proceso contencioso-administrativo.”

2.- El Tribunal Supremo, por su parte, ha entendido en su Sentencia de 21 de noviembre de 1.990, dictada por la Sala Especial de Revisión del artículo 61 de la LOPJ (Ar. 9.162/1.992. Ponente: R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE), que tras la aprobación de la Constitución el término <<afectar>> que emplea el artículo 105.a) CE (y que reproduce el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno) reconduce la naturaleza de la participación de los particulares al ámbito de la legitimación activa configurándoles como interesados en el procedimiento especial de elaboración de reglamentos. En concreto, su F.J. 5º afirma :

“En definitiva, la Ley de Procedimiento Administrativo permitía e incluso imponía una lectura de tal exigencia distinta de la que prevaleció, según ha podido comprobarse. La incidencia de la Constitución hace obligada una interpretación de signo progresivo, conforme a sus principios. Ello sitúa como

concepto clave el verbo «afectar», trasplantado al art. 105 del Texto Constitucional desde el 130 de aquella primera norma legal, en relación con los «intereses» de que fueren portadores, a título representativo, las organizaciones, asociaciones o entidades. La vinculación entre tales intereses y la norma que de alguna manera les afecta reconduce el planteamiento al ámbito de la legitimación activa, si se recuerda que ésta consiste en una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto, según lo define nuestra S. 18-12-1974. En este punto del razonamiento queda clara también nuestra discrepancia respecto de la S. 61/1.985, de 8 mayo, donde el Tribunal Constitucional opina que «la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones [art. 105.a)] no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de las partes procesales necesarias», pues en tal procedimiento no hay nadie que tenga que ser llamado con ese carácter, afirmación por otra parte más cercana a los «obiter dicta» que a la «ratio decidendi» del caso.”

La Sentencia citada de 21 noviembre de 1.990, de otro lado, realiza un detallado análisis, dentro del mismo F.J. 5, en torno a cuál sea la tipología de entidades y asociaciones que pueden participar en el trámite de audiencia y con qué grado de obligatoriedad han de ser llamadas para su cumplimiento, sentando al respecto una doctrina jurisprudencial del todo clarificadora, en los siguientes términos:

“Ahora bien, estas organizaciones intermedias, con un talante representativo, pueden encuadrarse en **dos grupos nítidamente diseñados. Uno de ellos**,

compuesto por los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, cuya función consiste en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de unos y otros, como establece el art. 7.º de la Constitución, que más adelante configura los Colegios profesionales con una finalidad semejante respecto de éstos en el art. 36. **En el segundo grupo han de ser clasificadas las demás asociaciones que se creen bajo el cobijo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22).** El primer tipo, en sus dos modalidades, tiene su origen o fundamento directo e inmediato en la Ley, mientras que el otro sólo encuentra en ella su respaldo mediato o indirecto, de segundo grado y nace por obra de la voluntad de sus creadores. Aquellas asociaciones cumplen una misión y ejercen un conjunto de atribuciones cuyo ámbito aparece delimitado «ex lege» y «ex ente». Estas se mueven con fines variados por elección de sus asociados.

Las características esbozadas tienen su reflejo en el aspecto que ahora nos ocupa. **Efectivamente, la predeterminación de sindicatos, asociaciones empresariales y Colegios Profesionales,** dentro de una tradición ya más que centenaria, cuya existencia es anterior a la propia Constitución y con una competencia definida en sus normas reguladoras, provoca que las Administraciones públicas las conozcan de antemano y hayan de contar con ellas. En tal sentido se ha venido pronunciando al respecto este Tribunal Supremo, a través de sus Salas ordinarias o especiales, en las sentencias que a lo largo de éstas se han mencionado y, por ello, ha reconocido el interés directo para participar en la elaboración de las disposiciones generales que pudieren afectarles a las Asociaciones de Productores Cinematográficos y de Ganaderos de Lidia, a la Confederación Nacional de Cultivadores de Remolacha y Caña Azucarera y a la Federación Nacional de Empresarios Carniceros, así como al Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos o a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Industrial y a la Confederación Nacional de Cámaras Agrarias o al Comité Olímpico y a la Real Federación Española de Fútbol. Aquéllas lo son de carácter empresarial [Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, que sustituyó al Real Decreto Ley 19/1.977, de

1 abril, sobre libertad sindical], y las demás son profesionales [Leyes 2/1.974, de 13 febrero, de 26 diciembre o forman parte de la llamada Administración corporativa [Ley 23/1.986, de 24 diciembre].

En cambio, las asociaciones de origen íntegramente voluntario, por la misma indeterminación de la existencia y misión de cada una de ellas, no permiten un tratamiento idéntico a la hora de ser llamadas para su audiencia en el procedimiento. Es evidente que pueden ser cauce de esta modalidad de la participación ciudadana en función de su objeto, como consecuencia del principio finalista o teleológico que informa su vida y su actividad, pero han de hacer para ello acto de presencia y ser, por tanto, conocidas para poder ser convocadas. Las Administraciones públicas no están obligadas a una investigación previa cada vez que proyecten una norma legal o reglamentaria, sin que tampoco pueda ser suplida por la información pública cuya función es muy distinta. Conviene recordar al respecto que la Associació D'Objetors de Consciencia fue inscrita el 23-3-1.987 en el Registro correspondiente de la Generalitat de Catalunya, casi dos años de haberse iniciado, el 7-6-1.985, la tramitación del anteproyecto de reglamento para la prestación social de los objetores, que cuatro meses después pasó al Consejo de Estado, como último asesoramiento por establecerlo así la Ley Orgánica.”

La Sentencia de 21 de noviembre de 1.990 (Ar. 9.162/1.992) distingue, por consiguiente, dos grupos claramente diferenciados a los efectos de determinar la exigibilidad del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios:

En primer lugar, el compuesto por los sindicatos de trabajadores, las asociaciones empresariales (previstos en el artículo 7 CE), y los colegios profesionales (artículo 36 CE) que se encargan de la promoción de los legítimos intereses económicos y sociales de sus representados. Respecto de ellos, la predeterminación legal de su existencia hace que la Administración

General del Estado los conozca y haya de contar con los mismos durante la tramitación del Real Decreto proyectado.

Y en el segundo grupo, han de ser clasificadas las demás asociaciones que se creen al amparo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22 CE). La incertidumbre en cuanto a la existencia y finalidad de estas asociaciones en un determinado ámbito de la realidad social impide que pueda ser considerada preceptiva su participación en el trámite de audiencia de las disposiciones generales del Gobierno. En tales circunstancias, la efectiva concurrencia de dichas entidades al trámite anteriormente regulado en el artículo 130.4 LPA dependerá de que hagan acto de presencia ante el Ministerio que tramita la elaboración del correspondiente reglamento del Ejecutivo.

La referida doctrina sobre la determinación de las entidades y asociaciones que pueden participar en el trámite de audiencia para la elaboración de disposiciones generales y el carácter con el que intervienen fue, asimismo, expuesta por el Consejo de Estado en sus Dictámenes núm. 952/1.992, Sección 3ª, de 16 de julio (Rec. 14), consideración 3ª y 200/93, Sección 3ª, de 15 de abril de 1.993, Consideración 2ª (Rec. 247) emitidos con ocasión de la elaboración de Reales Decretos reglamentarios.

C.- Examen especial sobre el carácter facultativo o preceptivo del trámite de audiencia.

Hasta la entrada en vigor de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre, fue objeto de viva polémica jurisprudencial el carácter discrecional o preceptivo del trámite de audiencia. La redacción contenida en el referido artículo 24.1.c) de la LG, cuyo análisis he detallado en este mismo apartado, ha resuelto creo que definitivamente el debate planteado. Ello no obstante, merece exponerse cual ha sido la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en este punto concreto superando la concepción inicial del trámite aludido como meramente <<discrecional>>²⁶.

a) Tesis restrictivas de la obligatoriedad del trámite de audiencia.

De acuerdo con M. REBOLLO PUIG²⁷, cabe afirmar que tanto la doctrina científica²⁸ como la jurisprudencia anteriores a la Constitución optaron, de

²⁶ La doctrina científica coincidente con la fecha de aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo, por otra parte, calificaba como discrecional el trámite de audiencia a la Organización Sindical y demás entidades que por Ley ostentaran la representación y defensa intereses de carácter general o corporativo. Así, J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de las Disposiciones Generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, p. 49.

²⁷ M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades Representativas de Intereses en el Procedimiento de Elaboración de Disposiciones Administrativas Generales*, Revista de Administración Pública, número 115, enero-abril, 1.988, pp. 102 a 107.

²⁸ Entre los partidarios de dicha calificación destacan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1ª edición del *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1.974, p. 122; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, número 40, Revista de

forma absolutamente mayoritaria, por entender que la audiencia prevista en el artículo 130.4 LPA constituía una facultad de la Administración que podía o no abrir este trámite conforme a una decisión a la que calificaban expresamente como discrecional en algunos casos. La teoría tradicional sobre la potestad administrativa discrecional (del que el artículo 130.4 LPA podría considerarse como un ejemplo más, entre otros muchos) identificaba dicha potestad con los supuestos en que la norma se servía de conceptos jurídicos indeterminados.

Con posterioridad a la Constitución hubo principalmente dos factores que influyeron en la pervivencia de la calificación del trámite de audiencia como meramente discrecional y que pueden sintetizarse del siguiente modo:

1.- La desaparición de la <<Organización Sindical>> más bien permitió abundar en los argumentos para restar relevancia al trámite de audiencia de las entidades representativas en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

2.- La incidencia del art. 105.a) CE quedó enervada para cierto sector doctrinal²⁹ por la negación de su aplicabilidad directa, entendiéndose como

Administración Pública, enero-abril, 1.963, p. 24, nota 17 citados por M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades Representativas de Intereses en el Procedimiento de Elaboración de Disposiciones Generales*, Revista de Administración Pública, número 115, enero-abril, 1.988, p. 102. El mencionado autor, no obstante, señala en la misma página como autores contrarios a dicha calificación a A. SÁNCHEZ BLANCO, *Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo*, número 111, Revista de Administración Pública, septiembre-diciembre, 1.986 y R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Madrid, 1.973, p. 574.

²⁹ Entre los partidarios a la negación de la incidencia del art. 105.a) CE destacan M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, 1.980, p. 183; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Madrid, 1.983, p. 197; J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR ESCURRA, *Principios de Derecho Administrativo Tomo I*,

mandato al legislador sin cuyo desarrollo el precepto no vincularía a la Administración.

En cuanto a la jurisprudencia relativa al trámite de audiencia, la misma se mantuvo hasta mediados de los años ochenta en una posición mayoritariamente contraria a calificar el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales como obligatorio y, en consecuencia, a considerar su omisión como un vicio determinante de anulación del reglamento ya en vigor. J.M. TRAYTER JIMÉNEZ³⁰ cita como principales argumentos del Tribunal Supremo para eludir la sanción de nulidad de la norma impugnada los siguientes:

1.- El trámite de participación tiene un carácter potestativo o de observancia discrecional, pues únicamente es de obligado cumplimiento <<siempre que fuera posible y la índole de la disposición lo aconseje y no se opongan a ello razones de interés público>> (así, por ejemplo, Sentencias de 17 de junio de 1.970 (Ar. 3.133), 2 de octubre de 1.975 (Ar. 3.349), 25 y 27 de octubre de 1.978 (Ar. 3.351 y 3.403). Dicha posición, se ha prolongado con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1.978, pudiendo citarse dentro de la

1.982, pp. 242 y 243 citados por M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades Representativas de Intereses en el Procedimiento de Elaboración de Disposiciones Administrativas Generales*, Revista de Administración Pública, número 115, enero-abril, 1.988, p. 107. El autor citado señala, a continuación, como autores contrarios a dicha postura a J.R. PARADA VÁZQUEZ, <<Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad en las actuaciones de la Administración>>, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1.978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAMIL, Tomo VIII, Madrid, 1.985, p. 316; A. SÁNCHEZ BLANCO, *Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo*, número 111, Revista de Administración Pública, septiembre-diciembre de 1.986; J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 52, octubre-diciembre, 1.986, pp. 612 a 614.

³⁰ J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.992, pp. 12 a 15. Este autor incluye también como argumento jurisprudencial el de la escasa relevancia del supuesto en el que el Reglamento impugnado se limita a reproducir o concretar los términos de otro anterior, supuesto ya tratado con anterioridad en los caracteres del trámite de audiencia (*vid. supra*).

jurisprudencia objeto de mi investigación, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª de 28 de enero de 1.997 (Ar. 534. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) que al respecto declara [F.J. 5º]:

“Los actores al expresar que se incumplió la normativa sobre la participación en la elaboración del Reglamento de la comunidad académica, se están refiriendo (aunque no lo expresan) al trámite del artículo 130.4 de la LPA, aspecto que enlazan con la necesidad de que en los Conservatorios de Música se imparta la enseñanza en condiciones adecuadas: es decir, que dichos *Centros docentes estén dotados de los recursos educativos, humanos y materiales* necesarios para garantizar una enseñanza de calidad. Pues bien, este importante aspecto aparece recogido en el Real Decreto que se impugna: así, en la Disposición Adicional primera del reglamento impugnado se dispone que *por el Ministerio de Educación y Ciencia, a través de las respectivas Direcciones Provinciales de dicho Departamento, se adoptarán, oídos los Directores de los Centros afectados, las medidas y actuaciones de coordinación oportunas, sobre distribución y adscripción de los créditos y medios necesarios materiales y personales, que garanticen la puesta en funcionamiento racional y ordenada de los centros transformados y creados por la norma reglamentaria impugnada.* Pues bien, no puede decirse que la Administración haya vulnerado el artículo 130.4 de la LPA, al elaborar el reglamento que nos ocupa. Y es que el informe a que se refiere dicho precepto legal mira, al margen de discrecionalidad que corresponde a la Administración a que ésta ejercite su potestad reglamentaria para elaborar un reglamento independiente. Esa discrecionalidad viene dada en el propio precepto legal, que condiciona el trámite del artículo 130.4 de la LPA a que la índole de la disposición lo aconseje: así lo ha entendido constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, calificando al referido trámite como meramente potestativo o facultativo (SSTS, entre otras, de 17 junio 1.970, 2 octubre 1.975, 6 diciembre 1.977, 11 junio 1.980, y 12 noviembre 1.982). Si se pone en relación el artículo 105, a) de la Constitución Española con el artículo

130.4 de la LPA, resulta que en el caso que resolvemos la Administración apreciando las circunstancias concurrentes, no entendió necesario este trámite, lo que debe entenderse como actuación correcta, por todo lo razonado en esta sentencia, en función de las alegaciones formuladas por las partes en este proceso y en función, también de la prueba practicada.”

La citada jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende, por consiguiente, que el informe previsto en el artículo 130.4 LPA tenía carácter discrecional en la medida en que el propio precepto legal condicionaba el trámite de audiencia de los interesados a que la índole de la disposición lo aconsejara. Así, un Departamento ministerial que elaborara una norma del Gobierno, apreciando las circunstancias concurrentes en el proyecto de disposición general, podía considerar que no era necesario este trámite en su elaboración.

2.- Se trata de un trámite <<simplemente facultativo>> (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1.984, Ar. 2.641), <<no esencial>> (Sentencia de 16 de junio de 1.984, Ar. 3.613), <<carente de trascendencia>> (Sentencia de 9 de marzo de 1.985, Ar. 1.500), <<cuya importancia no comporta indefensión>> (Sentencia de 15 de febrero de 1.985, Ar. 491), que posee <<escasa entidad>> (Sentencia de 17 de octubre de 1.986, Ar. 5.351), <<consejo sano del legislador>> (Sentencia de 7 de noviembre de 1.966, Ar. 5.104), <<cuya ausencia es determinante de mera irregularidad, pero nunca de nulidad, ni aun relativa>> (Sentencia de 12 de mayo de 1.987, Ar. 5.258).

3.- La mera interposición del recurso administrativo o contencioso, opera la subsanación de la omisión de la audiencia a las entidades representativas de

conformidad con el principio de economía procesal (v.gr. Sentencias de 27 de abril de 1.984, Ar. 2.183; y 19 de febrero de 1.987, Ar. 666).

b) Tesis actualmente vigente: el carácter preceptivo del trámite de audiencia está en función del origen legal o no de la entidad interesada.

La tesis jurisprudencial favorable al carácter preceptivo del trámite de audiencia, actualmente consolidada, se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1.972 (Ar. 2.971) que constituyó en su momento una excepción aislada dentro de la doctrina jurisprudencial. Le siguen en esta línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 22 de diciembre de 1.982 (Ar. 7.731 y 8.181), así como la de 18 de diciembre de 1.985 (Ar. 6.539).

Especial trascendencia, no obstante, cabe reconocerle a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 29 de diciembre de 1.986 (Ar. 1.675/1.987. Ponente: F.J. DELGADO BARRIO), pues en ella se realiza una crítica detallada y sistemática de la doctrina que sostiene el carácter discrecional del trámite de audiencia. En concreto, caben destacar los FF.JJ. 3 a 5 que declaran:

“**Tercero.-** Todavía en el ámbito procedimental ha de examinarse la trascendencia que haya de atribuirse a la inobservancia del trámite previsto en el art. 130,4 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Dice así: «Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el

término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en este proyecto».

La pura dicción literal del precepto plantea el problema de determinar si el trámite que regula es una exigencia preceptiva o si por el contrario es una mera recomendación discrecional: la referencia al supuesto de que «la índole de la disposición lo aconseje» suele dar lugar a la conclusión de que no se trata de un informe preceptivo sino de un simple «consejo», lo que vendría a teñir de discrecionalidad el precepto examinado.

Sin embargo, todavía en el texto del propio precepto, cabe advertir que la norma contiene otras dos expresiones que no armoniza con tal discrecionalidad: el trámite habrá de observarse «siempre que sea posible» y podrá prescindirse de él «cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto».

Ello implica que sin salir del terreno de la norma que se examina, la relación existente entre sus diferentes partes, sugiere que el trámite no es de observancia discrecional; se trata de un informe preceptivo, bien que matizado por varios conceptos jurídicos indeterminados: lo «posible», la existencia de «razones de interés público» que se opongan a ello y finalmente que la índole de la disposición lo «aconseje».

Este último es el concepto que puede ofrecer mayores dificultades para su aplicación. No obstante y aun contando con el halo de dificultad característico de los conceptos jurídicos indeterminados, puede entenderse que hay una zona de certeza positiva: **cuando la disposición exceda del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y vaya a afectar de forma seria e importante a los intereses de los administrados, habrá que estimar preceptivo el informe del art. 130.4.**

Cuarto.- Este carácter preceptivo del trámite se corrobora atendiendo a criterios de mayor relevancia hermenéutica.

A) La finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar «la legalidad, acierto y oportunidad» de aquéllas. Es claro que el informe que se examina es un importante elemento a la hora de asegurar tales objetivos.

B) El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico -art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - intensifica la conclusión apuntada. El art. 9.º, 2 de la Constitución aspira a obtener una intensa «participación» ciudadana y en esta línea su art. 105,a) prevé la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les «afecten»: el «consejo» del art. 130,4 de la Ley de Procedimiento, entendido conforme a la Constitución, es claramente una «exigencia».

Quinto.- Hay que entender, pues, que el trámite que se examina es de preceptiva observancia y no discrecional, aunque desde luego su exigibilidad está en relación con varios conceptos jurídicos indeterminados que operan positiva o negativamente: es preceptivo el informe cuando se trate de disposiciones que «afectan» seriamente a los intereses de los administrados, a menos que el trámite no resulte «posible» o se opongan a ello «razones de interés público» debidamente consignadas.

Por lo demás, esta Sala viene declarando -así sentencias de 14 de marzo y 18 de abril de 1.986 - que la referencia a la Organización Sindical ha de entenderse hoy dirigida a las Asociaciones Sindicales nacidas al amparo de la Ley 19/1.977, de 1.º de abril.”

M. REBOLLO PUIG³¹ analiza la Sentencia transcrita de 29 de diciembre de 1.986 afirmando que la misma pone las bases para el cambio jurisprudencial posterior al desmontar de manera sólida y detallada los argumentos generalmente utilizados para sostener el carácter facultativo del trámite de audiencia. En concreto, destaca como principales líneas de la nueva argumentación las siguientes:

1.- <<Se trata de un informe preceptivo, bien que matizado por varios conceptos jurídicos indeterminados: “lo posible”, la existencia de “razones de interés público” que se opongan a ello y, finalmente, que la índole de la disposición lo “aconseje”...>> (F.J. 3º).

Puede considerarse que esta nueva interpretación no es más que un nuevo exponente de la fuerza expansiva de la doctrina de los <<conceptos jurídicos indeterminados>>. Sin embargo, la propia resolución precisaba que en el antiguo art. 130.4 LPA había una remisión a una valoración y no simplemente a un significado que pudiera deducirse de la experiencia común o de la experiencia técnica como ocurre normalmente con los conceptos jurídicos indeterminados, a pesar de lo cual concluía en su carácter preceptivo.

2.- <<El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento jurídico -art. 5 LOPJ- intensifica la conclusión apuntada. El artículo 9.2 CE aspira a obtener una intensa participación ciudadana, y en esta línea su artículo 105.a) prevé la audiencia de los ciudadanos...: el “consejo”

³¹ M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades Representativas de intereses en el Procedimiento de elaboración de Disposiciones Administrativas generales*, Revista de Administración Pública, número 115, enero-abril, 1.988, pp. 130-136.

del artículo 130.4 de la LPA, entendido conforme a la Constitución es claramente “una exigencia”>> (F.J. 4.B).

Afirma el citado autor que esta fundamentación no desmiente la inaplicabilidad directa del artículo 105.a) de la Constitución consagrada por la anterior jurisprudencia [*idea de partida que no coincide con la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional*³²]; por el contrario, entiende que queda patente su asimilación al artículo 9.2 CE. Y finalmente, apunta que de la argumentación empleada no se deduce que estos preceptos sean suficientes para determinar un contenido concreto del art. 130 LPA sino que sólo <<intensifican la expresión apuntada>>.

3.- <<La finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas>> (F.J. 4.A).

Expone que se trata de un trámite de participación, no de una garantía [vid. *conclusión cuestionada posteriormente por el Tribunal Supremo*³³], y de un trámite que, supuesto su carácter preceptivo, tiene el tratamiento de cualquier otro de los previstos legalmente, como el informe de la Secretaría General Técnica o el dictamen del Consejo de Estado, cuando procede. Por lo mismo, carece de fundamento la eventual subsanación de su incumplimiento mediante la interposición de recursos.

³² La Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 de 8 de junio se pronuncia expresamente a favor de la aplicabilidad directa del artículo 105.a) de la CE.

³³ En mi opinión, sin embargo, el trámite de audiencia es regulado como un cauce de participación ciudadana y, también, como una garantía esencial de los ciudadanos afectados por el proyecto de Real Decreto que se elabora (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1.990, Ar. 9.162/1.992).

La Sentencia de 29 de diciembre de 1.986 (Ar. 1.675/1.987), por lo tanto, constituyó un punto de inflexión en relación con el criterio jurisprudencial precedente, afirmando el carácter preceptivo de dicho trámite fundándose en una nueva interpretación del artículo 130.4 LPA y en los preceptos constitucionales que reconocen el derecho de participación ciudadana. La doctrina más reciente del Tribunal Supremo confirma el carácter preceptivo de dicho trámite si bien lo limita a aquellas entidades reconocidas por la Ley para la representación de intereses generales o corporativos. A este respecto, puede mencionarse tanto la ya citada Sentencia de la Sala Especial de Revisión del artículo 61 de la LOPJ del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1.990 (Ar. 9.162/1.992. Ponente: R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE), F.J. 3º, como la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 16 de diciembre de 1.994 (Ar. 10.046. Ponente: P.J. YAGÜE GIL), F.J. 7. La primera Resolución judicial, en concreto, realiza una exposición general que detalla los hitos principales de la evolución jurisprudencial descrita sobre el carácter discrecional o preceptivo de la audiencia a las entidades representativas de intereses, afirmando que [F.J. 3]:

“En la S. 19-5-1.988, obra de la extinguida Sala de Revisión, que utiliza las reflexiones de otra anterior de la antigua Sala Tercera [4-7-1.987] se inicia el razonamiento jurídico con consideraciones del Tribunal Constitucional, en cuya opinión la «reserva de Ley» que configura en este punto el precepto aludido, «no tiene el sentido de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una disposición legal posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata» [S. 18/1.981, de 8 junio].

Por otra parte, esa audiencia corporativa es una más en la constelación de normas que a lo largo y a lo ancho del texto constitucional van diseñando la

imagen de una Administración pública auténticamente democrática y, en consecuencia, el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido art. 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. Efectivamente, la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino una manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente (art. 23), como lo son también las modalidades de tal principio con reflejo en la justicia (art. 125). Se configura así una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o «administrados», con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas.

En tal contexto ha de situarse el procedimiento especial para la elaboración de las disposiciones de carácter general que regulaba ya la Ley del ramo, según hemos tenido ocasión de exponer más arriba. El párrafo cuarto de su art. 130, exigía que se diera la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por Ley ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición en proyecto, siempre que fuere posible y la índole de ésta lo aconsejare, salvo cuando se opusieren a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. Las dos cautelas que condicionan esta audiencia y la excepción que justificaría su omisión, aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad, a nuestro entender. No se nos oculta que la afirmación contradice otras muy numerosas del Tribunal Supremo, cuyas tres Salas de lo Contencioso-Administrativo calificaron esa participación como «facultativa» [SS. 6-12-1.966 y 17-6-1.970] o de «observancia discrecional» [24-12-1.964, 6 marzo y 14 diciembre 1.972, 25 septiembre y 17 octubre 1.973] e incluso como un «consejo sano del legislador» más que un requisito indispensable [7-11-1.966].

Sin embargo, antes y ahora ha habido opiniones discrepantes, aunque aisladas, en el sentido que aquí se propugna. Nuestra S. 16-5-1.972 explicó con acierto y precisión que «el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativas de intereses afectados por disposición general... equivale y sustituye al de audiencia de los intereses que respecto del procedimiento común preceptúa el art. 91, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo» y añade a continuación que si bien el párrafo cuarto del art. 130... comienza diciendo «siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje» al referirse al informe de las entidades interesadas... semejante autorización, comprensible como cautela del interés público ante la extrema variedad y el delicado alcance que pueden revestir algunas de las disposiciones generales, no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbitrario o infundado uso, sino que queda supeditado a lo que el propio párrafo indica al final: «salvo cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto».

La progresiva tendencia iniciada antes de la Constitución por esta sentencia profética, pero solitaria, debida a la pluma de don José María Cordero de Torres, Magistrado entonces de la Sala Cuarta de este Tribunal y que tenía como protagonista a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, fue continuada trece años después por otra de la misma Sala, con fecha 18-12-1.985, con referencia a la Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, siendo Ponente don Angel Martín del Burgo y una más, ahora impugnada, de 29-12-1.986. A su vez, la Sala Tercera, aceptó la misma perspectiva a partir de su S. 28-4-1.987 (Federación Nacional de Empresarios Carniceros-Charcuteros), ratificándola en otras tres posteriores: 7 mayo (Asociación Española de Productores Cinematográficos) y 4 julio 1.987 (Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos), así como la de 23-3-1.988 (Comité Olímpico Español, Real Federación Española de Fútbol y Federación Española de Judo y Deportes Asociados).”

De acuerdo con la citada Sentencia, el artículo 130.4 LPA, por lo tanto, exigía que se diera la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por Ley ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición en proyecto. Las dos cautelas que condicionaban esta audiencia (*<<siempre que fuere posible y la índole de ésta lo aconsejare>>*) y la excepción que justificaba su omisión (*<<salvo cuando se opusieren a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto>>*), aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad.

D.- Supuestos de aplicación concreta de la tesis actualmente vigente de la necesidad de informes de las Asociaciones de carácter obligatorio (o que tienen su origen en una ley sectorial).

Las leyes sectoriales especifican para las entidades representativas de su respectivo ámbito el derecho que tienen a informar los proyectos de reglamentos en las materias propias de su competencia con lo que se refuerza el carácter obligatorio y no vinculante de la audiencia. Y son precisamente las organizaciones y entidades reconocidas por cada una de las leyes específicas las que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial vigente hasta la actualidad, han de ser llamadas necesariamente para que formulen las oportunas alegaciones. Los casos más representativos en este aspecto están constituidos por los Colegios Profesionales (artículos 2.2 y 9.1 de la Ley de 13 de febrero de 1.974 que aluden a los Consejos Generales de Colegios Profesionales) y las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (artículo 22 de

la Ley 26/1.984, de 19 de junio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Por último, la referencia que hacía el antiguo artículo 130.4 de la LPA ha de entenderse dirigida en la actualidad a las Asociaciones nacidas al amparo de la Ley sobre el Derecho de Asociación Sindical de 1 de abril de 1.977 como señala la Sentencia de 29 de diciembre de 1.986 (Ar. 1.987/1.675).

a) Informes de los Colegios Profesionales.

El artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1.974 de 13 de febrero prescribe que <<los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito nacional informarán preceptivamente los proyectos de ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles>>. El artículo 9.1.j) añade que las entidades citadas deberán <<informar los proyectos de disposiciones generales de carácter fiscal que afecten concreta y directamente a las profesiones respectivas, en los términos señalados en el número 4 del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo>>. A este respecto, M. REBOLLO PUIG³⁴, afirma que el Tribunal Supremo, en general, ha entendido restrictivamente el presupuesto de hecho del artículo citado,

³⁴ M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades Representativas de Intereses en el Procedimiento de elaboración de Disposiciones Administrativas Generales*, Revista de Administración Pública, número 115, enero-abril, 1.988, pp. 119-120. El autor cita a M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los colegios Profesionales en el Derecho Administrativo español*, Madrid, 1.968, p. 106, notas 33 y 4, para destacar que ya con anterioridad a la aprobación de esta Ley había previsiones legales o reglamentarias de audiencia a favor de determinados Colegios.

considerando muy frecuentemente que las disposiciones impugnadas en cada caso no contenían una verdadera regulación de los profesionales adscritos a los Colegios recurrentes, sino normas de organización de la Administración. Como ejemplo de dicha afirmación puede citarse, dentro de la jurisprudencia analizada, la Sentencia de 22 de febrero de 1.988 (Ar. 1.446), F.J. 4. La referida Resolución judicial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (Ponente: M. GARAYO SÁNCHEZ) que resuelve sendos recursos acumulados interpuestos por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España contra los Reales Decretos 43 y 44/84 de 4 de enero relativos a la acción protectora de cobertura obligatoria en el régimen especial de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, realiza las siguientes consideraciones en relación con la posible omisión en el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos del informe del Colegio recurrente [FF.JJ. 3 y 4º]:

“TERCERO.- La parte demandante solicita la nulidad de los Reales Decretos mencionados alegando los siguientes defectos formales: Haber modificado la legislación sobre Régimen Especial de los trabajadores por cuenta ajena o Autónomos y el Régimen Especial de los Representantes de Comercio sin haber informado el Consejo General de Colegios conforme a lo establecido en el art. 32.1) de Estatuto aprobado por el Real Decreto 3595/77 en ejecución de lo dispuesto en la Ley 2/74 de 13 de febrero sobre las normas reguladoras de los Colegios Profesionales, omisión agravada por no haber sido ninguno de los Reales Decretos impugnados propuestos por el Ministerio de Economía y Hacienda y por último omisión del dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado exigido por el artículo 22.3 de su Ley Orgánica que establece que los Reglamentos y disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes así como sus modificaciones habrán de ser dictaminadas por dicho Órgano, habiendo sido dictados tales Reales

Decretos según lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

CUARTO.- A ello ha de oponerse que los Colegios Profesionales sólo han de informar perceptivamente a los supuestos contemplados en el artículo 9.1.i) y j) de la Ley 2/74 de los proyectos de modificación de la legislación de Colegios Profesionales y en las Disposiciones de carácter fiscal que afecten concreta y directamente a las profesiones respectivas, no estando comprendidos tampoco en los supuestos prevenidos en los artículos 2.2 según la redacción dada por la Ley 74/78 de 26 de diciembre, sin que sea necesario que la iniciativa de los proyectos partiera del Ministerio de Economía y Comercio porque la Ley General de la Seguridad Social confiere la competencia al Consejo de Ministros y al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y en cualquier caso el Ministro de Economía y Hacienda forma parte del Gobierno que aprobó los Reales Decretos impugnados.”

No obstante lo anterior, sí pueden mencionarse Sentencias del Tribunal Supremo que han apreciado la violación del trámite examinado como, por ejemplo, las Sentencias de 5 y 9 de febrero de 1.999 (Ar. 1.637 y 1.552), F.J. 3, que han sancionado con la anulación del Real Decreto impugnado la omisión del preceptivo informe del Colegio profesional que promovía el recurso. Así, en concreto, la segunda de las Resoluciones judiciales mencionadas (Ar. 1.552. Ponente: M. BAENA DEL ALCÁZAR, Sección 4ª) declara [F.J. 3]:

“Insiste en cambio el Colegio Oficial de Biólogos o su representación letrada en la falta de audiencia de los Colegios profesionales, alegación esta que debemos acoger en cambio por las mismas razones que se expresaron en la Sentencia de 5 de febrero pasado, pues a la vista del artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1.974, de 13 de febrero, y del artículo 130.2 de la Ley

de Procedimiento Administrativo debe mantenerse que era obligada la audiencia de las organizaciones profesionales colegiadas afectadas directamente por la nueva regulación. Tanto la omisión de informe del Consejo de Estado como la falta de audiencia de los Colegios que acaba de indicarse son motivos suficientes para concluir que debe anularse el Real Decreto que se impugna.”

Finalmente, ha de incluirse en este apartado la Sentencia, ya citada, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1.998 (Ar. 4.197. Ponente: F. CID FONTÁN) que, resolviendo un recurso interpuesto por el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, en su F.J. 4º, aclara que el trámite de audiencia a las entidades más representativas de intereses de carácter general o corporativo previsto en el artículo 130.4 de la LPA no implica, para la Administración pública que tramita el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria, la obligatoriedad de acoger las sugerencias contenidas en el informe que las mismas formulen.

b) Informes de los Sindicatos y las Organizaciones Empresariales.

Como ya he señalado, la mención del antiguo artículo 130.4 LPA ha de entenderse referida en la actualidad a las organizaciones reguladas en la Ley 19/1.977 de 1 de abril como han destacado las Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 18 de abril de 1.986 (Ar. 1.774 y Ar. 2.798) y la de 29 de diciembre de 1.986 (Ar. 1.675/1.987). Dentro de la

jurisprudencia analizada puedo citar como ejemplo de la consideración preceptiva de dicho trámite de participación de las organización empresariales y sindicales, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 5 de septiembre de 1.996 (Ar. 7.514. Ponente: J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ) que en su F.J. 4 declara:

“Tampoco puede ser acogida la pretensión de nulidad total del Real Decreto 1.256/1.986, de 13 junio. Consta en el expediente que el anteproyecto de la norma impugnada fue remitido a informe previo de la Federación Española de Organizaciones Empresariales y de las Organizaciones Sindicales más representativas (disposición adicional 6 del Estatuto de los Trabajadores), por lo que debe entenderse que se dio cumplimiento bastante al artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento que se invoca como infringido, en su finalidad esencial de consulta y participación en el procedimiento de los sectores interesados, sin que pueda admitirse que la falta de audiencia a la Confederación sindical recurrente constituya una irregularidad formal que determine la nulidad de todo el Real Decreto impugnado.”

La Sentencia de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1.999 (Ar. 2.237. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS), por el contrario, reconduce la cuestión de la preceptividad del trámite de audiencia de un sindicato, el Sindicato de Policías Unificado, en el proceso de elaboración de un reglamento a la determinación del carácter obligatorio o voluntario de la adscripción a la misma, llegando a la conclusión de que no es preceptivo. Así, en el F.J. 8º declara:

“Los artículos 129 y siguientes y en especial, el 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo establecen la audiencia de las entidades que ostenten representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo y su audiencia, en el proceso de elaboración, debe ser interpretado en el sentido que es preceptiva cuando se trate de Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 23 de octubre y 25 de noviembre de 1996 y 25 de mayo de 1998, teniendo en cuenta que, en el caso examinado, la entidad sindical recurrente tiene carácter representativo de libre adhesión, según consta en el articulado de sus estatutos, por lo que resulta desestimable la infracción alegada.”

La citada Sentencia, por consiguiente, concluye que en el caso examinado, la entidad sindical recurrente tiene carácter representativo de libre adhesión, según consta en el articulado de sus estatutos, por lo que resulta desestimable la infracción alegada de falta de cumplimiento del trámite de audiencia.

c) Informes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

En cuanto a los informes exigidos por el artículo 22 de la Ley de Consumidores y Usuarios 26/1.984, de 19 de junio, General de la Defensa de Consumidores y Usuarios respecto de la elaboración de disposiciones de carácter general en materias que les afecten directamente, la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia de 5 de

febrero de 1.992 (Ar. 2.343. Ponente: A.A. LLORENTE CALAMA, Sección 2ª) afirmando [F.J. 7]:

“Si esto ocurre respecto del procedimiento común del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo [*preceptividad del trámite de audiencia y apreciación de la omisión como vicio esencial determinante de nulidad de pleno derecho*], la apertura hacia la participación de las Asociaciones en los proyectos normativos que les afecten, resalta aún con mayor evidencia cuando se trate de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios bajo el régimen de la Ley 26/1.984 de 19 julio, específicamente prevista para regular y defender este concreto tipo de intereses generales.

La exposición de motivos de dicha Ley, dictada en cumplimiento del mandato contenido en el art. 51 de la Constitución, señala entre sus objetivos, declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que en el ámbito de sus competencias habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

En este sentido el Capítulo VI de la Ley 26/1.984 contiene, bajo la rúbrica de «Derecho de Representación, Consulta y Participación» en su art. 20, la exigencia indispensable de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios deberán constituirse con arreglo a la Ley de Asociaciones (191/1.964 de 24 diciembre). Previene igualmente el núm. 3.º del mismo precepto, que para disfrutar de los beneficios de esta Ley, Disposiciones Reglamentarias y concordantes, deberán figurar inscritas en un libro registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, fuente oficial de conocimiento para identificar a las Asociaciones interesadas a quienes debe oírse durante la

redacción del proyecto y que vendría a sustituir a estos efectos al Registro de Asociaciones (art. 5 Ley 191/1.964).

Se ocupa el art. 21 de excluir de los beneficios de esta Ley a las Asociaciones que incurran en determinadas circunstancias incompatibles con la finalidad no lucrativa perseguida en la misma y por último para aquellas Asociaciones de Consumidores y Usuarios, constituidas legalmente y debidamente inscritas, que no estén comprendidas en las contraindicaciones previstas en el art. 21, el artículo siguiente (art. 22) con talante imperativo dispone que «serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios, siendo preceptiva su audiencia, respecto del Reglamento sobre Productos o Servicios de Uso y Consumo».”

La referida Resolución judicial, por consiguiente, pone de manifiesto como el artículo 22 del Capítulo VI de la Ley 26/1.984 establece con carácter imperativo, bajo la rúbrica de «Derecho de Representación, Consulta y Participación», para aquellas Asociaciones de Consumidores y Usuarios, constituidas legalmente y debidamente inscritas, que no estén comprendidas en las contraindicaciones previstas en el artículo 21 de la referida Ley, que serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios.

E.- El trámite de audiencia de las entidades de carácter voluntario.

a) Tesis precedente y minoritaria.

De acuerdo con una corriente jurisprudencial minoritaria, el trámite de audiencia también es preceptivo respecto de las entidades representativas de intereses generales o corporativos de carácter voluntario. Formuló esta posición la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 12 de enero de 1.990 en un fallo parcialmente estimatorio por infracción en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 20/1.988, de 15 de enero en virtud del cual se aprobó el Reglamento de Prestación Social de Objetores de Conciencia. Ha de señalarse, no obstante, que la argumentación sostenida en la Resolución judicial ya fue objeto de un Voto Particular extenso en sentido contrario (Ponente: J. GARCÍA-RAMOS ITURRALDE, F.J. 4º).

El fallo sería posteriormente rescindido por la Sentencia de la Sala Especial de Revisión del artículo 61 LOPJ de 21 de noviembre de 1.990 en cuanto procedía a la anulación del Real Decreto por omisión del artículo 130.4 LPA. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1.991 dictada por la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo resolvería, finalmente, el fondo del asunto en cumplimiento de la anteriormente dictada.

La argumentación de la Sentencia citada de 12 de enero de 1.990 (Ar. 335. Ponente: P. ESTEBAN ÁLAMO) se contiene en el F.J. 6 que declara al respecto:

“El derecho a participar consagrado en aquel artículo nace con la Constitución y es de aplicación directa; así lo viene manteniendo el Tribunal Constitucional desde la Sentencia de 8 de junio de 1981: «la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución». De manera que, como ha quedado expuesto, la exégesis del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo realizada a la luz de los principios constitucionales no puede hacer coincidir el alcance de tal precepto con el que pudiera suponerse en 1958. Tampoco ha hecho referencia alguna el Abogado del Estado a la posibilidad, o conveniencia, o necesidad de solicitar el informe de los afectados teniendo en cuenta la naturaleza e importancia del derecho a reglamentar, que ha sido calificado por el Tribunal Constitucional -STC 160/1987, de 27 de octubre - de excepcional, puesto que es el derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional como es el de la defensa de España; y, además, es una manifestación o especificación del derecho fundamental de libertad de conciencia que a su vez lo es de la libertad ideológica garantizada en el artículo 16 de la Constitución; de tal modo que la reserva de Ley establecida en el artículo 30.2 de la Carta Magna significa tan sólo la «interpositio legislatoris» para regular el ejercicio de ese derecho, que no su reconocimiento; siempre con sujeción a lo establecido en el artículo 30.2 y en el 53.2 que otorga a los objetores de conciencia la facultad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, como ocurre con los demás derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo. -STC 23 de abril, 13 de mayo y 30 de junio de 1982-. Con ello,

lamentablemente, no se ha tenido en cuenta que en el cauce del procedimiento de elaboración de disposiciones, siempre hay un núcleo de oportunidad donde son posibles diversidad de soluciones justas, como ya dijo la Sentencia de 29 de diciembre de 1986. No hay constancia en el expediente administrativo de actuación alguna de la Administración que revele su voluntad de dar publicidad al proceso de elaboración del Reglamento que estaba confeccionando para facilitar así -o de cualquier otro modo- la participación ciudadana; cumpliendo con ello la obligación que le impone el artículo 9 de la Constitución. Por último la Asociación demandante que está inscrita como tal en el Registro correspondiente no ha sido oída como expresamente reconoce el Consejo de Ministros, siendo de añadir que hubiera sido sumamente sencillo la publicación de edictos que abrieran la oportunidad de ser oídas a las entidades afectadas. Por otra parte ha de subrayarse que en ningún momento se hizo constar en el expediente administrativo la existencia de razones de interés público que impidieran la observancia del trámite examinado tal como exige el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”

En consecuencia, el autor del presente trabajo entiende que la mencionada Sentencia de 12 de enero de 1.990 (Ar. 335) sostiene, en lo esencial, el argumento de que el derecho de participación consagrado en el artículo 105 CE es de aplicación directa. Y lo anterior se traduce en:

1) La obligación de que la Administración revele su voluntad de dar publicidad al proceso de elaboración del reglamento que confecciona para facilitar así -o de cualquier otro modo- la participación ciudadana; cumpliendo con ello la obligación que le impone el artículo 9 de la Constitución.

2) De dicha voluntad, expresada, por ejemplo a través de edictos en el B.O.E., ha de quedar constancia en el expediente administrativo.

3) Tal obligación alcanza a aquellas asociaciones inscritas como tales en el Registro correspondiente siendo sumamente sencillo la publicación de edictos que abrirían a las entidades afectadas la oportunidad de ser oídas.

b) Doctrina actual del Tribunal Supremo que mantiene la tesis de la no preceptividad del trámite de audiencia respecto de Asociaciones que sean de carácter voluntario.

La doctrina mayoritaria puede resumirse afirmando que el trámite de audiencia no significa que en la redacción de los reglamentos del Gobierno hayan de ser oídas cuantas Asociaciones se constituyan sino sólo aquellas cuya adscripción no sea de carácter voluntario. Cuando se trata de otras Asociaciones u Organizaciones son éstas las que han de solicitar la audiencia durante el procedimiento de elaboración del Real Decreto y no la Administración la que haya de indagar sobre las numerosas entidades a las que puede afectar una determinada disposición general. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1.991 (Ar. 552), F.J. 2, y 22 de enero del 2.000 (Ar. 2.992), F.J. 2. La segunda de las citadas (Ponente: J. MATEO DÍAZ) declara [F.J. 2]:

“Pero para el caso de que se sostenga que en la elaboración del Real Decreto que nos ocupa, durante su gestación, se siguió forzosamente el procedimiento correspondiente a las normas derogadas, dado que a la sazón no se había promulgado aún la Ley del Gobierno, el motivo tiene que ser desestimado por

cuanto el trámite aparece cumplido, habiéndose oído a once entidades, entre Asociaciones, Consejos de Colegios Profesionales, Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, y Unión Sindical Obrera.

Reiterada jurisprudencia, que sería ocioso citar, insistió siempre en que bastaba con entender el trámite de audiencia con un número apreciable de entidades o asociaciones representativas de los intereses del sector, entre las que evidentemente se encuentran las elegidas por la Administración, dado que sería imposible extenderlo absolutamente a todas las que pudieran verse afectadas por la nueva disposición.

Por otra parte, es también reiterada la jurisprudencia (sentencias de 19 de enero de 1.991, 16 de junio de 1.993 y 30 de mayo de 1.998, y de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 8 de mayo y 6 de julio de 1.992, según la cual tal audiencia sólo es exigible cuando se trate de Asociaciones que no sean de carácter voluntario, como indudablemente lo es la que hoy recurre, por todo lo cual el motivo ha de ser desestimado.”

La doctrina aludida, por consiguiente, estimo que limita el número de asociaciones y organizaciones necesariamente llamadas al trámite de audiencia a las citadas en las leyes sectoriales. La imposibilidad de que la Administración conozca con carácter previo todas las entidades potencialmente afectadas por el proyecto de disposición impide que se pueda exigir a la Administración competente que notifique a las mismas la apertura del trámite de audiencia. Ello no obstante, entiendo que sí es perfectamente posible que el Centro Directivo que elabora el proyecto de disposición general publique en el Boletín Oficial del Estado un edicto que anuncie la apertura de un plazo de alegaciones para toda aquella asociación voluntaria cuyos

derechos e intereses legítimos puedan verse afectados por el texto elaborado de Real Decreto.

6.- EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA.

Todo procedimiento administrativo tiende a través de la fase de instrucción a proporcionar al órgano en cada caso competente los elementos necesarios para que pueda decidir adecuadamente. La finalidad asignada por la jurisprudencia al más cualificado de los trámites del procedimiento administrativo -audiencia y vista- puede aplicarse sin más a toda la actividad de instrucción: garantizar los derechos e intereses de los posibles afectados, los intereses particulares y el interés público.

No obstante lo anterior, debe diferenciarse el trámite de información pública del de audiencia a las entidades interesadas. El primero tiende a ser el cauce formal de la participación ciudadana para que cualquiera pueda aportar cuantas sugerencias y datos contribuyan al acierto de la disposición general y está dominado por la idea de garantía del interés público. El segundo, la audiencia a las entidades interesadas, trata de dar la oportunidad de exponer su parecer a los ciudadanos que ostenten la condición de interesados para

defender sus derechos e intereses legítimos por lo que predomina en el mismo la idea de ser garantía de los derechos e intereses de los particulares³⁵.

El trámite de información pública, por consiguiente, se aplicará preferentemente respecto de la elaboración de aquellas disposiciones en las que sea predominante el interés público o en las que sea difícil identificar sujetos, asociaciones u organizaciones específicamente afectados por la normativa que se pretende aprobar, de modo que puedan considerárseles interesados en el procedimiento. En la práctica, sin embargo, como señala J.M. TRAYTER JIMÉNEZ³⁶ ha de recordarse que el trámite el trámite de información pública (previsto en la actualidad en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno) y anteriormente regulado en el artículo 130.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, únicamente ha sido puesto en práctica en el Anteproyecto de Ley de Caza de 1.970. La anterior ley de procedimiento configuraba la información pública como un trámite <<estrictamente facultativo>> [Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1.972 (Ar. 5.324)] atendiendo a los términos en que estaba redactado el precepto (<<cuando a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje>>) y que se fundaba, en última instancia, en el temor a una avalancha de escritos y sugerencias, temor que el autor citado entendía injustificado dado su constante y uniforme aplicación en el ámbito local.

³⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 1.205.

³⁶ J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.992, p. 11. Ha de señalarse en cuanto al carácter del trámite analizado que ya J.M. DESANTES GUANTER calificaba el trámite de información pública como facultativo nada más aprobarse al Ley de Procedimiento Administrativo. En este sentido ver J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de las disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, p. 49.

En opinión de quien redacta estas líneas, ha de tenerse en cuenta que la nueva redacción del trámite contenida en la Ley del Gobierno suprime la expresión <<a juicio del Ministro>>, lo que puede dar lugar a configurar la información pública como un trámite discrecional y no como facultativo. La expresión <<la índole de la disposición lo aconseje>> entiendo que constituye un concepto jurídico indeterminado que, en ciertos supuestos, como por ejemplo la primera regulación reglamentaria de un servicio público de interés general, determina la concurrencia de una obligación para el Gobierno.

7.- OTROS INFORMES EXIGIDOS POR NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS DE PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS.

Además de los informes que han de emitirse por la Secretaría General Técnica y por el Consejo de Estado, un gran número de leyes sectoriales regulan la competencia de determinados organismos especializados en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias encaminadas a regular el sector de su competencia. En tal sentido, D. BLANQUER³⁷ cita la Confederación Nacional de Transportes (art. 10.b de la Ley 16/1.987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres), el Consejo Nacional del Agua (art. 18.c de la Ley 29/1985, de 2 de agosto de Aguas), la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza (art. 36 de la Ley 4/1999 de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos de la Flora y Fauna Silvestres), el Comité Consultivo de la Comisión del Mercado de

³⁷ D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Editorial Cívitas, 1ª edición, 1.998, pp. 218 y 219.

Valores (art. 23 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de regulación del Mercado de Valores), la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (art. 13.2.e. de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre). A los anteriores, pueden añadirse, por ejemplo, el Consejo Superior de la Función Pública (art. 6.2 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en materia de personal de la Administración) o la Comisión Nacional de Administración Local (art. 118.1.b) de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril).

Desde la perspectiva de la eliminación de la arbitrariedad, entiende el citado autor que la justificación de su intervención en los expedientes de elaboración de disposiciones reglamentarias de carácter general resulta evidente. Con la intervención de esos órganos especializados se trata de reforzar la racionalidad del proyecto de reglamento. Lo racional es que en la elaboración de ciertos reglamentos tengan participación determinados órganos especialmente cualificados por razón del origen de sus miembros y la diversidad de sectores que representan en la materia que se regula. Hasta tal punto es así, que su ausencia en el procedimiento se considera como un indicio de arbitrariedad. Ello no obstante, entiendo que el fundamento de su exigencia se encuentra en la prescripción contenida en cada ley específica, de modo que la omisión de su consulta constituye un vicio formal del procedimiento determinante de nulidad de pleno de derecho por infracción del principio de jerarquía normativa.

El Consejo de Estado en su Dictamen número 2.910/96, Sección 4ª, de 14 de agosto de 1.996 (Rec. núm. 345) afirma que <<la aportación al expediente de los “estudios e informes previos” de la norma proyectada, así

como la participación funcional -por vía de informe, audiencia o presencia- en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, no sólo de los órganos cuya intervención pueda resultar preceptiva, sino también de aquéllos que pueda resultar oportuna, conveniente e incluso necesaria para el mayor acierto de la norma en formación, así como del conjunto de sectores u organizaciones afectadas o cuyos criterios tengan especial cualificación o sean de singular interés constituye una exigencia para la mejor comprensión de la norma proyectada y percepción de los problemas que la misma pueda solventar o generar>>. En este punto, abunda el Dictamen número 3.247/99, Sección 8ª, de 4 de noviembre de 1.999 (Rec. núm. 18) indicando, Considerando 2º, respecto del procedimiento de elaboración de un Real Decreto en el que no se había facilitado a los miembros de la Comisión Interministerial de Ordenación Alimentaria (CIOA) la documentación que debía acompañar la convocatoria, que <<los hitos que integran el mismo no son simples “obstáculos a superar” sino expresiones de la necesaria conformidad y conocimiento que deben observar los sectores, personas y entidades consultadas>>.

La jurisprudencia analizada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha destacado el carácter preceptivo de los informes de órganos cualificados exigidos por ciertas leyes sectoriales en las materias propias de su competencia. A este respecto, pueden mencionarse las Sentencias 14 de mayo de 1.992 (Ar. 4.157), F.J. 2; de 5 y 9 de febrero de 1.999, (Ar. 1.637 y 1.552. Ponente: M. BAENA DEL ALCÁZAR, Sección 4ª). En concreto, la última de las citadas indica que:

<<hemos de acoger ahora, como también lo hicimos en la sentencia anterior, la alegación relativa a que no se incorpora a los autos como era preceptivo según el Decreto 797/1.995, de 19 de mayo, el informe del Consejo General de Formación Profesional. Desde luego, tal informe no puede ser suplido mediante la fórmula o arbitrio de añadir al expediente un acta de la sesión del Consejo en la que no consta de ningún modo el informe que éste debía emitir.>>

De acuerdo con la referida Sentencia, los informes que han de emitir los órganos especializados predeterminados por las leyes han de ser formulados expresamente. Por lo tanto, no puede considerarse válidamente cumplido el citado trámite mediante el recurso de inducir, en cada caso, la opinión del consejo o la comisión asesora encargados de informar de otros documentos que puedan obrar en el expediente administrativo de elaboración del Real Decreto.

8.- LA TABLA VIGENCIAS DE LAS DISPOSICIONES ANTERIORES SOBRE LA MISMA MATERIA.

El artículo 24.1 de la Ley del Gobierno que contiene la regulación genérica del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Estado omite toda referencia a la antigua prescripción que contenía el artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo al establecer que “no podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas”. En consecuencia, dicha exigencia

legal ha pasado a convertirse todo lo más en criterio de técnica normativa a tener en cuenta por los órganos competentes en la elaboración de un reglamento.

El sentido del precepto era el de hacer efectivo el principio de seguridad jurídica de los ciudadanos al clarificar el Ordenamiento jurídico vigente de modo que se explicitaran las derogaciones tácitas, producidas muchas veces por oposición a los principios de la norma anterior y no de una oposición literal de las disposiciones concurrentes³⁸. La complejidad normativa del sistema legal se acentúa hasta extremos increíbles en relación con el sistema reglamentario calificándose tal situación en la actualidad con el término de <<legislación motorizada>>³⁹. Cabe afirmar que la propia Administración desconoce las normas elaboradas por ella misma. De ahí la obligación para quien elabora una norma reglamentaria de conocer el impacto sobre el Derecho vigente: qué normas se modifican y cuáles no.

Al mismo tiempo, se pretendía con la exigencia del citado precepto colaborar con unas de las finalidades subyacentes en la propia Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958 cual era la de reducir el excesivo número de disposiciones reglamentarias que había llevado a una situación de dispersión normativa⁴⁰. Por consiguiente, dada la conexión que tal

³⁸ J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, septiembre-agosto, 1.958, p. 51.

³⁹ La expresión <<legislación motorizada >> fue empleada por primera vez por C. SCHMITT, <<Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft>> recogido, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1.958, p. 404 y ss. Dicho autor es citado en el sentido descrito por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *De la simplificación de la Administración Pública*, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre, 1.998, pp. 10 y 15. Se trata, en todo caso, de una expresión de uso generalizado en la actualidad pero que él refiere a las denominadas <<leyes a medida>>.

⁴⁰ L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, p. 17.

precepto tiene con los principios generales del Derecho, entiendo que, aunque no se recoja por la normativa en vigor, constituye un criterio que ha de tenerse en cuenta siempre por la Administración competente en la tramitación de disposiciones de carácter general.

Durante la vigencia del artículo 129.3 LPA, he de señalar que la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo había sido muy restrictiva a la hora de sancionar como vicio invalidante la infracción del requisito de la tabla de vigencias. A este respecto, J. BERMEJO VERA⁴¹ afirma que aunque el procedimiento se regule con un carácter formal *ad solemnitatem*, existen trámites como la tabla de vigencias que suelen omitirse sistemáticamente citando en tal sentido las Sentencias de 26 de enero de 1.960, y 27 de diciembre de 1.962. J. GONZÁLEZ PÉREZ⁴², por su parte, concreta el alcance del precepto al citar una Sentencia de 22 de noviembre de 1.965 en la que se afirma que <<la tabla de vigencias de disposiciones anteriores exigida en el número 3 del artículo 129 LPA sólo puede darse, cuando al regular una materia antes creada, existan tales vigencias, pero no es posible ni necesario establecerlas cuando por primera vez se regula jurídicamente>> un determinado ámbito de la sociedad.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo había elaborado una doctrina general que consideraba obligatoria la tabla de vigencias en aquellos supuestos

⁴¹ J. BERMEJO VERA, *La <<relativización>> del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, pp. 544-547. En el mismo sentido se pronuncia S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *De la simplificación de la Administración Pública*, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre, 1.998, p. 16.

⁴² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª edición, Madrid, 1.991, p. 1.201.

en los que su ausencia pudiera provocar indefensión. En tal sentido, puede citarse la Sentencia de la Sección 4ª de 8 de mayo de 1.998, F.J. 3º (Ar. 3.673.

Ponente: E. CARRIÓN MOYANO) que declara:

“En relación al fondo de la cuestión debatida, la federación demandante impugna el RD 1113/1992, de 18 de septiembre, por el que se fijan para el año 1992 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, fundando su pretensión impugnatoria con referencia a la infracción por el RD 1113/1992 de lo establecido en el art. 129.3 de la LPA de 17 de julio de 1958 en cuanto que el proyecto de Real Decreto impugnado no contiene la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas, todo ello en relación al art. 23 de la LRJAE de 26 de julio de 1957 en cuanto referido a la prohibición de vulnerar las disposiciones de inferior rango las de carácter superior, así como al art. 28 de la misma Ley en cuanto declara la nulidad de las disposiciones administrativas que infrinjan las normas contenidas en los artículos anteriores.

Finalmente, procede indicar que fue constante la doctrina legal de este Tribunal Supremo, según la cual, la expresión de la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores exigida en el art. 129.3 de la LPA sólo podía darse cuando al regular una materia antes creada existieran tales vigencias, pero no era posible ni necesario establecerlas cuando se innovara la regulación anterior, sin que pudiera invocarse tal precepto como motivo de nulidad cuando de la omisión no se derivara ninguna indefensión, máxime cuando en el art. 130 siguiente no establecía dicho requisito como trámite esencial (SS. 22 noviembre 1.965, 28 septiembre 1.973, 25 mayo 1.982 y la de 25 de abril 1.985, entre otras).”

En consecuencia, la doctrina legal de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sostenida con anterioridad a la aplicación de la nueva Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1.997, se concreta en afirmar que la expresión de la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores exigida en el artículo 129.3 de la LPA sólo puede darse cuando al dictar un nuevo reglamento en una materia ya regulada existan tales vigencias. Sin embargo, no es posible ni obligado establecerlas cuando se innova completamente la regulación anterior de modo que ésta quedara derogada. Finalmente, afirma que no puede invocarse la vulneración de dicho precepto como motivo de nulidad cuando de la omisión de las tablas de vigencia en la nueva regulación no se deriva ninguna indefensión, y ello en consideración a que el artículo 130 LPA no establecía el citado requisito como trámite esencial.

9.- LA NATURALEZA DEL PLAZO LEGALMENTE PREVISTO PARA DICTAR LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

En relación con la elaboración de Reales Decretos se plantean frecuentemente supuestos en los que, tras la regulación de determinada materia en una ley, ésta remite en una de sus disposiciones finales el desarrollo normativo a la aprobación por el Gobierno de un Real Decreto que ha de aprobarse en el plazo fijado en la ley. El incumplimiento frecuente por el Gobierno del plazo establecido en la norma parlamentaria para poner en vigor el reglamento de desarrollo plantea el tema de la validez de un Real

Decreto que se haya dictado tardíamente y, por lo tanto, con infracción de la citada previsión legal.

La posición al respecto tanto de la doctrina del Consejo de Estado como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido unánime en el sentido de mantener la validez del reglamento dictado con incumplimiento del plazo legalmente previsto para aprobarlo. En defensa de dicha tesis se han empleado dos argumentos fundamentales:

A.- El Gobierno es el titular originario de la potestad reglamentaria por lo que el incumplimiento del plazo no supone un desapoderamiento de dicha potestad.

En este sentido se han pronunciado los Dictámenes del Consejo de Estado números 1.727/92, Sección 5ª, de 21 de enero de 1.993 (Rec. 13), Consideración 2ª; 403/96, de 22 de febrero de 1.996 (Rec. núm. 13), Sección 7ª, Consideración 1ª; y 4.033/1.997, de 22 de enero de 1.998 (Rec. núm. 281), Sección 2ª, Consideración 3ª. En concreto, el Dictamen de 22 de febrero de 1.996 citado expone:

“Y, en efecto, como ha señalado este Consejo de Estado en dictámenes anteriores, y ha recogido, por ejemplo, en la Memoria correspondiente al año 1.990 (páginas 69 y 71), como regla general la superación del plazo fijado en una Ley para que el Gobierno dicte la correspondiente norma reglamentaria, no constituye un elemento impeditivo del ejercicio tardío por el Gobierno de la potestad reglamentaria, puesto que ésta, en su condición de potestad reglamentaria “originaria”, tiene su origen directo en el artículo 97 de la propia Constitución. En otras palabras, el ejercicio de la potestad reglamentaria por

parte del Gobierno no exige una previa autorización legislativa en cada caso, sin perjuicio, obviamente, del debido respeto al principio de jerarquía normativa y a la reserva material de ley que pueda establecerse en relación con determinadas materias.

En definitiva, frente a lo que acontece en relación con la delegación legislativa, supuesto en el que la superación del plazo indica el automático decaimiento de la habilitación del Gobierno para dictar el correspondiente texto refundido o articulado, en el caso de las normas reglamentarias la situación es sensiblemente distinta, de tal manera que, como recordó el Consejo de Estado en su citada Memoria correspondiente al año 1.990 “el incumplimiento de tal plazo no priva al Gobierno de su potestad reglamentaria ni, salvo que en algún supuesto excepcional se deduzca lo contrario de una estricta valoración de la naturaleza del plazo establecido en conexión con las características de la habilitación legal conferida, impide que el Gobierno actúe su potestad transcurrido el referido plazo”. Cuestión distinta es que, obviamente, no se haya dado estricto cumplimiento al mandato legal, de tal manera que se trataría efectivamente de una irregularidad, pero no generadora de la invalidez de la norma reglamentaria.”

En consecuencia, la doctrina reiterada del Consejo de Estado mantiene que, como regla general, la superación del plazo fijado en una ley para que el Ejecutivo dicte la correspondiente disposición general no constituye un elemento impeditivo del ejercicio tardío de la potestad reglamentaria por el Gobierno, tratándose simplemente de una irregularidad no invalidante del correspondiente Real Decreto reglamentario.

La jurisprudencia analizada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se pronuncia en el mismo sentido en sus Sentencias de

14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.651), F.J. 5º, y 27 de marzo de 1.998 (Ar. 2.858), F.J. 1º. La segunda de las Sentencias mencionadas, en las que fue ponente E. ESCUSOL BARRA (Sección 3ª), afirma al respecto:

“2. Alega, en segundo lugar la demandante, que el Real Decreto impugnado, que es un reglamento ejecutivo, debió haberse dictado en el plazo de seis meses a partir de la promulgación de la Ley que desarrolla. El alegato debe ser desestimado, pues la no observancia del plazo para dictar un reglamento ejecutivo, no comporta vicio de nulidad, por la razón de que, como dice el Abogado del Estado, en esos supuestos la Administración sigue ostentado la potestad reglamentaria, máxime teniendo en cuenta que el primer desarrollo de la Ley lo fue por los Reales Decretos 1.217/1.981, de 10 de abril y 907/1.982, de 2 de abril; y posteriormente por el Real Decreto 1.544/1.982, de 25 de junio, Reales Decretos que fueron derogados por el que ahora se impugna”

En consecuencia, el transcurso del plazo fijado en una ley para que el Gobierno dicte el Real Decreto que desarrolle las materias en ella reguladas no desapodera al mismo de la potestad originaria que le otorga el artículo 97 CE. El Consejo de Ministros sigue ostentado, por el contrario, de modo permanente el poder de dictar un nuevo reglamento aunque, al dictarlo tardíamente, haya incurrido en una irregularidad no invalidante.

B.- No estamos ante un plazo de caducidad por lo que se admite su interrupción atendiendo a la concurrencia de causas justificativas.

A este respecto cabe citar las Sentencias de 12 de enero de 1.990 (Ar. 335), F.J. 5; 18 de julio de 1.991 (Ar. 6.350), F.J. 5; y, finalmente, la Sentencia de 19 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.429), F.J. 7.

La Sentencia de 12 de enero de 1.990 (Ar. 335. Ponente: P. ESTEBAN ÁLAMO), F.J. 5, en concreto, sostiene la posibilidad de concurrencia de causas justificativas de la interrupción del plazo fijado en la norma legal que por lo tanto no sería plazo de caducidad. Por el contrario, no considera suficiente el argumento de la titularidad originaria del Gobierno respecto de la potestad reglamentaria. En concreto, declara:

“El Abogado del Estado se opone a la pretensión de la Asociación demandante alegando, en primer lugar, que nos encontramos en presencia del ejercicio de la potestad reglamentaria, competencia básica del Gobierno sin sometimiento previo a la habilitación o concesión por Ley; hasta tal punto que la Administración podía elaborar el reglamento cuando lo estimase oportuno o conveniente, sin sujeción o vinculación alguna al plazo de la Disposición Final. Expuesto así, sin más, semejante argumento es absolutamente repudiable. No se discute, no se pone en tela de juicio, que el Gobierno ha actuado en el ejercicio de su potestad reglamentaria; pero ello ha de hacerse, como antes hemos señalado, de acuerdo con la Constitución. Lo contrario nos sitúa más allá de la discrecionalidad y nos instala en la pura arbitrariedad, cuya interdicción está garantizada en el artículo 9 de la Ley Fundamental. Arguye el Defensor del Estado, en segundo lugar que la Disposición Final se refiere a la elaboración reglamentaria pero no a la aprobación o publicación de la misma; es decir no se refiere a un resultado normativo. Este argumento es igualmente rechazable. Es cierto que gramaticalmente, elaboración significa preparación de un producto mediante un trabajo adecuado. Pero, como hemos dicho antes, lo que perseguía

la Disposición Final es que el producto estuviese elaborado en tres meses, no que se iniciase en ese plazo y se trabajase *sine die*. Ello nos conduciría a la pura inseguridad jurídica, con el mismo resultado de disconformidad con el artículo 9 [CE]. Por último alega que era conveniente esperar a la publicación del Reglamento del Servicio Militar y a la sentencia que dictase el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad que contra las dos Leyes de diciembre de 1.984, sobre el servicio militar y la objeción de conciencia, había interpuesto el Defensor del Pueblo en fecha 23 de marzo de 1.985. Este argumento sí debe ser tenido en cuenta en cuanto debe reconocérsele validez para justificar el extraordinario retraso en la aparición del Reglamento.”

En consecuencia, la necesidad de que la Administración del Estado hubiera de esperar a que se dieran las circunstancias objetivas que permitieran obtener la información precisa para elaborar con calidad los oportunos informes y estudios previos al proyecto de reglamento puede estimarse como una justificación suficiente de la demora en el proceso de elaboración de un Real Decreto. Y, en última instancia, puede afirmarse que el transcurso del plazo fijado para dictar una norma reglamentaria no afecta en sí al reglamento que posteriormente se dicte, de lo cual no cabe deducir, sin embargo, que el incumplimiento de la Administración pública carezca de trascendencia jurídica sobre todo si de su inactividad se han derivado daños patrimoniales para sus eventuales destinatarios (vid. a este respecto el Capítulo XIII).

10.- LA MOTIVACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El fundamento jurídico de la exigencia de motivación de los reglamentos del Gobierno.

Tanto la Ley de Régimen Jurídico para las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1.992 de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, como la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre guardan silencio sobre la necesidad de motivar las disposiciones reglamentarias, continuando, de esta manera, la omisión mantenida al respecto por la Ley de Procedimiento Administrativo. No cabe señalar lo mismo en cuanto a los actos administrativos de cuya motivación se ocupa el artículo 54 de la Ley 30/1.992 incluyendo dentro de los supuestos de motivación obligatoria <<los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales>> categoría a la que pertenece como he expuesto la potestad reglamentaria. La ausencia, sin embargo, de una mención expresa a la motivación de los reglamentos planteó la duda de si realmente era exigible la misma en nuestro Ordenamiento jurídico. La doctrina científica ha realizado desde la mitad del siglo XX una labor de construcción dogmática en torno a la necesidad de motivar los reglamentos fundada, en última instancia, en la necesidad de hacer efectivo el principio general del Derecho de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos acuñado por LEIBHOLZ en 1.925⁴³.

⁴³ LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1ª ed., 1.925, en los <<Offenrechtlichen Abhandlungen>> dirigidos por TRIEPEL, E. KAUFMANN y SMEND, Heft 6, citada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, Revista de Administración Pública, núm. 124, enero-abril, 1.991, p. 211.

En efecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁴ interpretó la indicada expresión <<interdicción de la arbitrariedad>> (que originalmente fue empleada para explicar el principio de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la Ley) para extenderla al terreno de la igualdad de la legislación, esto es, como un límite que se impone al legislador restringiendo su libertad de determinación, antes que como un límite que afectase sólo a los Tribunales o a la Administración. Exponía el citado profesor en su análisis del uso que la Administración del Estado había hecho de sus poderes discrecionales al aprobar una Orden ministerial, con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1.959, que:

1.- Las facultades discrecionales no suponen una libre estimación de los hechos de que se parte para su ejercicio sino que esta estimación de los hechos debe ser objetiva.

2.- El tomar positivamente en consideración las alegaciones de hecho formuladas por los interesados en los expedientes se presupone como uno de los contenidos del deber de buena Administración (*abitrium boni administrationis*).

3.- La tergiversación de los hechos por la Administración para sus determinaciones reglamentarias implica un proceder injusto.

4.- El ejercicio de la potestad discrecional <<debe basarse>> en <<normas y principios objetivos>> lo que en concreto se aplica a la necesidad de una recta

⁴⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, 1.959, pp. 145 a 150.

consideración del interés general que no debe ser abandonado frente a los intereses privados.

5.- Dicha técnica de control del poder discrecional lleva en su seno riquísimas posibilidades de aplicación pero adquiere una fuerza especial en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La exposición inicial de citado principio de interdicción de la arbitrariedad y los trabajos doctrinales que le siguieron permitieron su generalización como principio general del Derecho. La expansión del referido principio jurídico permitiría que al elaborarse nuestra Constitución de 1.978 fuera recogido en el artículo 9.3 del texto constitucional junto a otros principios esenciales del Ordenamiento jurídico⁴⁵. Y dicho principio general del Derecho es citado precisamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo objeto de la investigación realizada como fundamento jurídico de la exigencia de motivación de los Reales Decretos. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1.999, F.J. 7, Sección 4ª (Ar. 3.989. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO) declara:

“La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos está recogida en el artículo 9.3 CE y constituye, por tanto, un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria. Principio que supone la necesidad de que exista una motivación y que ésta no sea incongruente o contradictoria con la realidad a la que se pretende regular con la norma. Si bien, respetada tal exigencia, el Gobierno, titular de dicha potestad (art. 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1.997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite

⁴⁵ La introducción en el texto constitucional del principio de interdicción de los poderes públicos obedece a una enmienda del Senador constituyente L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, <<pequeño homenaje>> a su maestro Eduardo García de Enterría. Vid. *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Alkal Editor, Madrid, 1.984, pp. 58 y 59.

la discrecionalidad que es inherente, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en sentido institucional, con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1.956, 70 y 71 de la Ley de 1.998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución.”

Por consiguiente, la labor del Tribunal Supremo, de conformidad con el principio de interdicción de la arbitrariedad proclamado en el artículo 9.3 *in fine* CE, se limita a la constatación de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta y a la comprobación de si la normativa impugnada ha incurrido en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder.

De dicho principio pues, la doctrina ha extraído, como consecuencia lógica, la necesidad de motivar el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración⁴⁶. A este respecto, puede citarse a T.R. FERNÁNDEZ⁴⁷ quien afirma que la discrecionalidad no debe confundirse con la arbitrariedad en

⁴⁶ En el Derecho francés, la exigencia de motivación de los actos administrativos (que incluye a las disposiciones generales) constituye una de las <<cinco aperturas clásicas>> del contencioso de legalidad. Vid. JEAN-MARIE AUBY, *¿Crisis del Contencioso-administrativo en Francia?*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, p. 418.

⁴⁷ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Editorial Cívitas, 1ª edición, Madrid, 1.991, pp. 105 a 109.

cuanto que lo primero cuenta con el respaldo de una fundamentación que lo sostiene mientras que lo segundo se funda en la mera voluntad o el puro capricho de los administradores. Entiende que lo no motivado es ya por éste solo hecho arbitrario, como con todo acierto concluyen las Sentencias de 30 de junio de 1.982, 15 de octubre y 29 de noviembre de 1.985, entre otras.

La motivación, por otra parte, es, como ha destacado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1.981, <<no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos>>, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho (Sentencia constitucional de 11 de julio de 1.983).

El citado autor señala que la motivación, en todo caso, ha de ser sucinta como consecuencia inevitable del tráfico administrativo y cita, a este respecto, la Sentencia de 18 de julio de 1.982, según la cual, <<la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad>>.

En cuanto al contenido que haya de tener la motivación, M. ATIENZA⁴⁸ afirma que la palabra <<motivación>> es desafortunadamente ambigua, de manera que por <<motivar una decisión>> puede entenderse: tanto a) señalar los motivos, las causas, que produjeron la decisión (que sería el efecto), como b) indicar las razones que permiten considerar la decisión en cuestión como

⁴⁸ M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, Revista Española de Derecho Administrativo, enero-marzo, 1.995, pp. 19 y 20.

algo aceptable, esto es, que la justifique a la luz del Derecho vigente. La exigencia de motivación de una decisión coincide con el segundo de los significados distinguidos. Motivar una decisión no significa explicarla sino justificarla (aunque explicar pueda ayudar muchas veces a justificar); un acto arbitrario no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación.

De acuerdo con S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁴⁹, he de señalar que el Gobierno en la motivación de reglamentos asume una triple funcionalidad que, en sus tres facetas, resulta igualmente condicionante:

1º Como exigencia que permite un control indirecto por la opinión pública: se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica por qué se actúa con lo que se alejan posibles juicios temerarios.

2º La motivación permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad manifestada, sirviendo como indudable instrumento interpretativo del acto.

3º Sirve también muy discretamente como medio para realizar el control jurisdiccional de los propios actos administrativos. Lo que debe entenderse, en relación con el presente tema de estudio, tanto respecto de la eventual impugnación del Real Decreto aprobado como de sus actos de aplicación.

⁴⁹ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, <<RAP>>, núm. 23, mayo-agosto, 1.957, p. 127. El citado autor refiere los argumentos transcritos a los actos administrativos pero los mismos son igualmente aplicables a los reglamentos del Gobierno en cuanto actos administrativos generales o, al menos, actos jurídicos de la Administración.

Pues bien, esta triple funcionalidad de la motivación es predicable de los reglamentos en cuanto actos jurídicos de la Administración, aun cuando por su contenido constituyan normas jurídicas que se integran en el Ordenamiento jurídico.

B.- De la innecesariadad a la exigencia de motivación de los Reales Decretos reglamentarios por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

D. BLANQUER⁵⁰ ha señalado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia no es unánime ni homogénea. Así, afirma que en aquellos supuestos en que los que el argumento utilizado para combatir un reglamento es precisamente la obligación de motivarlo, el Tribunal Supremo niega la existencia de esa obligación, v.gr. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1.993 (Ar. 2.845). En cambio, cuando el argumento esgrimido para impugnar un reglamento es el principio de interdicción de la arbitrariedad, la Sentencia responde afirmando que la disposición general en cuestión no es arbitraria porque en su preámbulo tiene un fundamento o motivación, v.gr. Sentencia de 20 de mayo de 1.993 (Ar. 3.418).

Destaca especialmente la Sentencia de 27 de junio de 1.989 (Ar. 4.717) en la que se reconoce que es <<exigible>> que los reglamentos se motiven y anuda o vincula su fundamentación con el procedimiento seguido para su elaboración. Dicha Sentencia establece que <<es bastante con un expresivo preámbulo y el articulado dispositivo en el que se regula la materia de que se trate>>.

⁵⁰ D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 270-275.

La motivación de los reglamentos, en todo caso, parece que debe realizarse a través de las denominadas exposiciones de motivos y preámbulos. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que los mismos carecen de valor normativo constituyendo un elemento a tener en cuenta en la interpretación. Constituyen, por lo tanto, criterios de interpretación de la norma reglamentaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1.981 de 12 de noviembre, 132/1.989 de 18 de julio, y 150/1.990 de 4 de octubre).

La jurisprudencia investigada muestra las dos corrientes citadas, aquélla que niega la exigencia de motivación de los reglamentos y la que afirma su obligatoriedad. Dentro de la primera línea jurisprudencial, de carácter minoritario, puede citarse la Sentencia de 19 de abril de 1.993, F.J. 3, Sección 7ª, (Ar. 2.845. Ponente: R. TRILLO TORRES) con arreglo a la cual, <<la exigencia formal de motivación sólo es predicable, en los términos del art. 43 LPA, de los actos administrativos, no de las disposiciones generales>>. Dentro de la segunda, cabe citar la Sentencia de 8 de marzo del 2.000 (Ar. 4.027), F.J. 5, en la que el mismo ponente, modificando su criterio jurisprudencial, afirma:

“El demandante imputa al Real Decreto 1.038/1.997, la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9 de la CE, ante la falta de criterios razonables y de motivación clara y suficiente en el diseño de la plantilla, pues, según el actor, ni en el Real Decreto, ni en el expediente administrativo, se intenta ni tan siquiera exponer el porqué de unas cifras que tanto afectan al militar en su carrera profesional.

La alegación no puede ser estimada, pues, como dice la tan citada sentencia 20 de abril de 1.999, con unas consideraciones que <<*mutatis mutandis*>> resultan enteramente aplicables al presente caso, el Real Decreto impugnado tiene una exposición de motivos en la que expone su razón de ser, o

justificación, con la alusión que hace a la Disposición Transitoria de la Ley 14/1.993, y a los Reales Decretos 1.622/1.990, que aprueban el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificación y Ascensos del Personal Militar Profesional, y, adaptan las Escalas declaradas a extinguir al régimen del personal militar de la Ley 17/1.989.”

Por lo tanto, la última de las Sentencias citadas de 8 de marzo del 2.000 (Ar. 4.027), siguiendo el criterio sostenido en una Sentencia previa de 20 de abril de 1.999, parte de la obligatoriedad de motivar los Reales Decretos reglamentarios. No obstante lo anterior, en relación con el Real Decreto impugnado estima que su exposición de motivos indica la razón de ser, o justificación, con la remisión que hace a la Disposición Transitoria de la Ley en la que se fundamenta, así como a otros Reales Decretos que constituyen su marco normativo.

Finalmente, he de citar asimismo la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de 10 de marzo del 2.001 (Ar. 6.697. Ponente: J. MATEO DÍAZ) que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el artículo 4.3 del Real Decreto 2.060/1.999 de 30 de diciembre, relativo al señalamiento del tipo del 25% de retención e ingreso a cuenta en el Impuesto de Sociedades (frente al tipo establecido por el mismo precepto con carácter general del 18%), en el caso de rentas procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen o del consentimiento o autorización para su utilización. La citada Resolución judicial declara la nulidad del mencionado precepto fundándose en que la desproporción existente entre el tipo especial y el general no había sido explicada por la Administración intramuros del expediente. En concreto, afirma [F.J. 5º]:

“El informe de la Secretaría General Técnica, excepción única en el expediente administrativo, alude a concordancias con el IRPF, como explicación de la

reforma del art. 62. La explicación guarda consonancia con el tipo general del 18%, pero no contiene explicación alguna sobre la excepción.

La ausencia de informes, dictámenes o estudios justificativos en el expediente impide, por otra parte, aplicar la reiterada jurisprudencia de que los actos administrativos están motivados siempre que tales justificaciones hayan sido incorporadas al expediente respectivo.

En consecuencia, la disposición impugnada, en el extremo recurrido, carece de suficiente justificación.

Procede por ello la estimación de la demanda.”

En consecuencia, la Resolución judicial reseñada constituye una novedad jurisprudencial al declarar la nulidad del Real Decreto porque la excepción al tipo general del Impuesto de Sociedades regulada en el precepto recurrido carece de justificación alguna en el expediente de elaboración de la norma. Y dicha circunstancia impide precisamente considerar como motivación suficiente de la disposición impugnada las justificaciones que eventualmente pudieran haber sido incorporadas al citado expediente administrativo.

11.- CONSIDERACIÓN FINAL DEL EXÁMEN REALIZADO.

El procedimiento de elaboración de disposiciones generales del Ejecutivo estatal se configura como un procedimiento formal de carácter <<ad solemnitatem>>. En efecto, la práctica totalidad de los trámites especificados en el artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre, salvo trámites como el de información pública, pueden calificarse como preceptivos de modo que su omisión conlleva la infracción de fases esenciales del procedimiento legalmente previsto y por ende su nulidad. Ello supone un

cambio radical respecto de la regulación contenida anteriormente en los artículos 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo que, aunque con cierta polémica en relación la exigibilidad de algunos de los requisitos establecidos en el procedimiento, configuraba como: 1) No determinantes de vicio invalidante la ausencia de los informes y estudios complementarios, si bien hubo un cambio posterior en la opinión jurisprudencial; 2) meramente facultativo el trámite de información pública; y 3), finalmente, como discrecional el trámite de audiencia a las entidades representativas, calificación también modificada posteriormente por el Tribunal Supremo.

Queda, sin embargo aún vigente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual, en los recursos indirectos contra reglamentos no cabe apreciar defectos de forma en el procedimiento de elaboración con independencia del contenido material de la norma. En consecuencia todos aquellos trámites calificados como preceptivos tanto por la doctrina científica como por la propia jurisprudencia (las memorias justificativa y económica, el dictamen del Consejo de Estado, la audiencia a los particulares o a las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen y represente, así como los informes de órganos cualificados) cuando el reglamento del Gobierno es impugnado directamente ante la jurisdicción Contencioso-administrativa se estiman inapreciables por el Tribunal contencioso cuando el recurso se interpone con ocasión de un acto de aplicación del Real Decreto normativo fundándose en la ilegalidad de la disposición general recurrida. Pues bien, dicha posición jurisprudencial considero que contradice frontalmente la caracterización del procedimiento de elaboración del reglamento del Gobierno como garantía de <<legalidad,

acierto y oportunidad>> de la norma que se dicte ya que si no se declara la invalidez de la norma que lo infringe difícilmente puede servir de garantía.

Pero, además, la doctrina jurisprudencial mencionada resulta contraria con el carácter imperativo que el propio Ordenamiento jurídico atribuye a la regulación del procedimiento de elaboración de los reglamentos del Gobierno. Y es que, en efecto, la regulación legal del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Ejecutivo tiene carácter imperativo de modo que su infracción supone un vicio esencial determinante de la nulidad radical de la norma. La vulneración del procedimiento de elaboración de disposiciones generales mediante la omisión de trámites preceptivos implica una infracción del artículo 62.2 LRJAPYAC porque el reglamento finalmente aprobado sería contrario a la ley que regula el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, es decir, más concretamente al artículo 24 LG y al artículo 22.3 LOCE. Con tales consideraciones, por consiguiente, no resulta justificado un tratamiento procesal distinto de los vicios de procedimiento en la elaboración del Real Decreto normativo en función de cual sea el tipo de acción que se ejercite, directa o indirecta.

Asimismo, ha de advertirse que la nueva regulación de la Ley de la Jurisdicción permite en todo caso que utilizando las reglas de competencia y procedimiento previstas en el artículo 27 LJ, se pueda obtener la declaración de nulidad con efectos *erga omnes* del reglamento del Gobierno contrario a Derecho. Sin embargo, como se expone en el Capítulo relativo al control jurisdiccional de las normas aprobadas mediante Real Decreto, la calificación

que de los vicios de procedimiento señalados hace la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo con ocasión de un recurso indirecto se asimila a la anulabilidad susceptible de sanación por el mero transcurso del tiempo o simplemente se considera que constituye una irregularidad no invalidante en la medida en que no causa indefensión y la legalidad sustantiva de la disposición general no se ve afectada. Contrariamente a la posición mantenida en este punto por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la infracción de la regulación de rango legal relativa al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Gobierno supone un vicio esencial que permite fundar el recurso indirecto. La distorsión mencionada, sin embargo, será objeto de análisis en el Capítulo relativo a <<los sistemas específicos de control de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros en el sistema judicial español>> (Capítulo XI).

La jurisprudencia más moderna de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, por otra parte, ha analizado detalladamente el alcance que cabe atribuir a cada uno de los diferentes trámites previstos por la Ley del Gobierno para la elaboración de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios, pudiendo destacarse de su doctrina las siguientes determinaciones fundamentales.

1.- En la confección de los reglamentos del Gobierno adquiere especial relevancia la elaboración de las memorias justificativa y económica atribuyéndoles la jurisprudencia carácter preceptivo. De esta manera, las Sentencias examinadas del Tribunal Supremo consideran que constituiría una infracción del procedimiento el que alguna de las memorias citadas fueran

omitidas o que las mismas no contuvieran el <<contenido mínimo requerido>> constituido por la exposición de las razones que justifican, a la vista de los estudios previos realizados, los criterios y las opciones adoptadas en el proyecto de Real Decreto normativo así como su coste económico. En la práctica, sin embargo, la trascendencia invalidante de su omisión se anuda a la circunstancia de que concurra igualmente la infracción de otros trámites esenciales del procedimiento como el dictamen del Consejo de Estado o la audiencia a los particulares interesados, individualmente o a través de las asociaciones y organizaciones que los agrupan y representan.

2.- La preceptividad del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio que incoa y tramita el procedimiento de elaboración de la norma del Ejecutivo constituye una doctrina pacífica en la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sostenida incluso durante la vigencia anterior de la Ley de Procedimiento Administrativo, teniendo su omisión el carácter de infracción formal de carácter insubsanable. El Consejo de Estado destaca en relación con dicho informe que ha de versar sobre el proyecto definitivo del reglamento y no sobre los borradores previos. La jurisprudencia examinada por el autor de esta tesis confirma el carácter preceptivo del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente del Real Decreto normativo, quedando salvada dicha exigencia si consta una declaración escueta del acierto y validez de la disposición, si bien de ordinario podrá contener otras consideraciones jurídicas como las relativas a la inserción de la nueva norma en el conjunto de disposiciones generales ya aprobadas por el Departamento.

3.- La consulta al Consejo de Estado del reglamento proyectado se configura como un requisito previo, preceptivo, esencial y de orden público en

el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios que ejecutan una ley si bien, como ya se ha indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo sanciona su omisión con nulidad radical en los recursos directos contra las normas del Gobierno. La doctrina jurisprudencial, por consiguiente, ha flexibilizado en relación con el recurso indirecto contra reglamentos el criterio general de que la omisión del citado dictamen vicia sustancialmente el procedimiento de elaboración de disposiciones generales del Gobierno para evitar la declaración de nulidad <<por este solo motivo>> del reglamento ejecutivo aprobado mediante Real Decreto al margen de la regulación material del mismo.

4.- En cuanto a su objeto, el dictamen del Consejo de Estado formulado durante la elaboración de un Real Decreto normativo de ejecución de una ley debe recaer sobre el proyecto que se somete a la aprobación del Gobierno y, además, ha de ser el último dictamen emitido en el proceso de elaboración de la disposición general. El carácter final de la intervención del Consejo de Estado ha sido reiterado en varias de las Sentencias examinadas del Tribunal Supremo, de modo que el Alto Órgano Consultivo ha de ser el último que emita el trámite de consulta, asegurando así el cumplimiento de su misión consistente en velar por la observancia de la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, sin perjuicio de apreciar la oportunidad y la conveniencia del proyecto de disposición.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sostiene que no es necesario someter el proyecto de reglamento del Gobierno a un segundo dictamen del Consejo de Estado cuando el proyecto anteriormente informado ha sido modificado en alguno de sus contenidos. La posibilidad de

un segundo dictamen debe quedar circunscrita, por el contrario, a aquellos casos en los que la supuesta modificación que pueda introducirse en el texto definitivo sea sustancial fundándose tales supuestos, precisamente, en la necesidad de velar por la conformidad a Derecho de la norma del Gobierno. En la práctica, sin embargo, el Tribunal Supremo no ha estimado nunca procedente la emisión de un segundo dictamen del Órgano consultivo.

5.- Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el dictamen del Consejo de Estado es obligatorio cuando el Real Decreto elaborado es desarrollo del Derecho comunitario tanto originario como derivado. La obligación de emitir dictamen cuando la norma del Gobierno desarrolla Derecho originario, esto es, cuando completa o ejecuta directamente los Tratados Constitutivos de la Unión Europea se deduce de lo dispuesto en el artículo 22.2 LOCE que impone la remisión al Órgano consultivo de aquellos proyectos de disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales. Por el contrario, la consulta al Consejo de Estado cuando el Gobierno ejecuta Derecho comunitario derivado sólo parece obligatoria, de acuerdo con la jurisprudencia examinada, en el supuesto de Reglamentos comunitarios. En efecto, los Reales Decretos reglamentarios que no se limitan simplemente a transcribir el contenido de los Reglamentos de la Unión Europea deberán ser sometidos al dictamen del Consejo de Estado en la medida en que gozan de unas características que los hacen rigurosamente equivalentes a los reglamentos dictados en ejecución de las leyes por lo que procede una aplicación extensiva del artículo 22.3 LOCE, sometiéndolos al dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

6.- El trámite de audiencia se configura como esencial y preceptivo por estar destinado a recoger la opinión de los interesados, individualmente o a través de las asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten, de modo que supone una concreción del derecho de defensa del particular frente a la Administración, equiparándose en todo al trámite de audiencia del interesado previsto para los actos administrativos en la Ley de Procedimiento Común. En relación con este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reconduce la posición de los particulares en el trámite de audiencia al ámbito de la legitimación activa dada la vinculación existente entre la norma proyectada y sus derechos e intereses legítimos, configurándoles como interesados en el procedimiento de elaboración de los reglamentos del Gobierno.

Pero además, el trámite de audiencia a los particulares afectados por la norma constituye una expresión del principio general de la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural consagrado en el artículo 9.2 CE, y reconocido específicamente respecto de las disposiciones generales en el artículo 105.1.a) CE, para asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de los reglamentos del Ejecutivo. Al encontrarse desconectado el proceso de elaboración de las normas reglamentarias del Gobierno de la representatividad parlamentaria propia del proceso legislativo, se hace preciso que el Departamento ministerial que elabora el proyecto de reglamento conozca la opinión de los ciudadanos para asegurar, en la medida de lo posible, que la regulación que se apruebe por el Consejo de Ministros no se encuentra desvinculada del interés general. Con todo, ha de destacarse que las alegaciones que formulen los particulares o las entidades que les representen

no son vinculantes por lo que no cabe recurrir el Real Decreto normativo porque las observaciones presentadas por los intervinientes no haya sido recogidas en el texto finalmente aprobado.

7.- El trámite de participación examinado no se considera exigible cuando el Real Decreto normativo proyectado se dicta en desarrollo de otro precedente porque se entiende cumplido el trámite con la audiencia que tuvo lugar con ocasión de la primera norma reglamentaria. El fundamento de dicha regla se encuentra en el principio de economía procesal, evitando a las entidades afectadas reiterar de modo innecesario las observaciones formuladas dado que el nuevo proyecto es una mera concreción de la regulación ya aprobada.

8.- El cumplimiento del trámite de audiencia por el Ministerio que tramita el procedimiento de elaboración del Real Decreto reglamentario no requiere, por otro lado, agotar la totalidad de las asociaciones o entidades representativas del sector. La regla señalada se funda en la imposibilidad racional de cumplir el trámite de audiencia con la totalidad de las entidades y asociaciones representativa del ámbito que se verá afectado por la nueva norma del Gobierno. Sin embargo dicho criterio ha de ser aplicado prudentemente por el Ministerio proponente de la disposición general en aquellos supuestos en los que las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, cuyos fines guarden relación directa con el Real Decreto proyectado, constituya un número reducido de entidades que puedan ser fácilmente identificado y llamado, por lo tanto, a dar su parecer.

El Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial sobre la determinación de las entidades y asociaciones que han de participar necesariamente en el trámite de audiencia para la elaboración de disposiciones generales como las aprobadas por Real Decreto, diferenciándolas en dos grupos claramente diferenciados. Así, en el primer grupo incluye a las asociaciones empresariales, los sindicatos de trabajadores (artículo 7 CE), los colegios profesionales (artículo 36 CE) que se encargan de la promoción de los intereses económicos y profesionales de su representados, y las organizaciones de consumidores y usuarios (artículo 51.2 CE). Dichas entidades se encuentran predeterminadas por la ley, de modo, que la Administración General del Estado las conoce y ha de contar con ellas durante la elaboración de un Real Decreto normativo. En el segundo grupo, por el contrario, incluye aquellas asociaciones que se crean al amparo de la libertad asociativa reconocida en el artículo 22 CE. La incertidumbre en cuanto a su existencia y objeto impide que la Administración del Estado haya de tenerlas en cuenta en el procedimiento de elaboración de la norma del Gobierno. No obstante lo anterior, nada impide que tales asociaciones se personen en el referido procedimiento cuando el Ministerio proponente proceda a la apertura del trámite de audiencia mediante la presentación de un escrito en tal sentido. En este punto, además, ha de recordarse que alguna de las sentencias examinadas de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha propuesto como práctica responsable que el Departamento ministerial competente inserte en el Boletín Oficial del Estado edictos anunciando el inicio del plazo para la audiencia de aquellas asociaciones y organizaciones afectadas por el proyecto de Real Decreto normativo.

9.- Respecto del trámite de información pública, ha de señalarse que el mismo, a diferencia de la naturaleza jurídica propia de la audiencia a los particulares y entidades afectadas por la disposición, se configura exclusivamente como medio para que los ciudadanos participen en el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria del Ejecutivo, exponiendo sus opiniones como garantía de acierto y oportunidad del Real Decreto proyectado. Dicho trámite, dada la redacción del mismo contenida en la actualidad en el artículo 24 LG, se establece en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales del Gobierno como actividad discrecional y no facultativa, en la medida en que su apertura depende de la efectiva concurrencia del concepto jurídico indeterminado <<*cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje*>>. Sin embargo hasta el momento presente, dicha actuación procedimental continúa inédita en la práctica administrativa de elaboración de los reglamentos del Gobierno, previsiblemente por el temor infundado de que se produzca un exceso de sugerencias por los particulares y entidades participantes.

10.- En relación con el informe de los órganos cualificados en la materia exigido por determinadas leyes, cabe destacar que con el mismo se trata racionalizar el proyecto de reglamento mediante la participación de determinados órganos especialmente informados sobre la materia que se proyecta por razón del origen de sus miembros y por la diversidad de los sectores que representan. La jurisprudencia examinada destaca su carácter preceptivo de modo que es obligada su emisión en forma sin que se estime suficiente, a los efectos de la eventual impugnación judicial del Real Decreto normativo aprobado, con la invocación que hagan otros documentos del expediente a la opinión manifestada por el órgano que debió emitirlo.

11.- La exigencia contenida en el antiguo artículo 129.3 LPA, relativa a la necesidad de que el proyecto de disposición general como la aprobada mediante Real Decreto fuera acompañado por la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia así como que la nueva disposición consignara aquellas disposiciones que hubieren de quedar total o parcialmente derogadas, ha sido omitida por la nueva regulación contenida en la Ley 50/1.997 de 27 de noviembre. Por consiguiente, en la actualidad dicho precepto ha pasado a convertirse en una simple técnica normativa de uso voluntario por los funcionarios ministeriales encargados de redactar el proyecto de Real Decreto normativo. La utilidad de la regla precedente era clara por cuanto trataba de dar a conocer el conjunto de normas que se consideraban derogadas y vigentes, tratando de evitar derogaciones tácitas y dudas en los destinatarios de la norma sobre la subsistencia de una determinada disposición reglamentaria dictada por el Gobierno o por un Ministro.

La jurisprudencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo mantenía en relación con la observancia del citado precepto que, obviamente, la citada regla no podía ser exigida cuando se regulaba por primera vez una materia jurídica; pero asimismo ampliaba la exención del citado artículo a aquellos casos en los que el Real Decreto reglamentario innovaba completamente la regulación anterior, en la medida en que la nueva norma no podía causar indefensión alguna a los interesados.

12.- Respecto de la naturaleza jurídica del plazo legalmente previsto para dictar los reglamentos del Gobierno, la jurisprudencia mantenida por el

Tribunal Supremo coincide con la doctrina del Consejo de Estado, pronunciándose de modo unánime a favor de la validez del Real Decreto reglamentario dictado con incumplimiento del plazo legalmente previsto para su aprobación. La irrelevancia del incumplimiento del plazo fijado por la ley para que el Gobierno desarrolle la norma reglamentaria prevista se fundamenta, esencialmente, en dos argumentos difícilmente rebatibles. En primer lugar, en que el Gobierno es el titular originario de la potestad reglamentaria por lo que el incumplimiento del plazo no supone la pérdida de dicha potestad que puede ser ejercitada con posterioridad a su vencimiento. El ejercicio extemporáneo de la potestad reglamentaria por el Ejecutivo no vicia la norma aprobada. Y en segundo lugar, porque el plazo para dictar la norma reglamentaria no es de caducidad sino de prescripción de modo que es posible su interrupción si concurre una causa que lo justifique como, por ejemplo, la necesidad esperar el tiempo necesario para recabar la información precisa que permita elaborar el proyecto de Real Decreto normativo con la calidad suficiente.

13.- Por último, respecto de la necesidad motivación de los reglamentos del Gobierno a través de los preámbulos o exposiciones de motivos de la norma, de acuerdo con la doctrina científica y jurisprudencial mayoritaria, la misma parece obligada fundándose en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por lo que los preceptos de un Real Decreto reglamentario han de ser congruentes con la realidad social que pretenden regular basándose en criterios objetivos y fundándose en una recta consideración del interés general. De acuerdo con la jurisprudencia examinada del Tribunal Constitucional, los preámbulos que acompañan las disposiciones generales del Gobierno carecen de valor normativo, constituyendo

simplemente un elemento a tener en cuenta en la interpretación que se realice de tales normas reglamentarias.

La labor del Tribunal Supremo en relación con la necesidad de motivar los Reales Decretos normativos se concreta en verificar la necesaria conformidad de la regulación reglamentaria con la realidad sobre la que ha de aplicarse, así como en el control de la finalidad de la norma aprobada mediante el empleo de la conocida técnica de la desviación de poder. En definitiva, se trata de evitar que las disposiciones del Ejecutivo se funden en el mero capricho o en la sola voluntad de sus componentes.

El Tribunal Supremo muestra dos corrientes jurisprudenciales contrapuestas que niegan y afirman, respectivamente, la necesidad de motivar los Reales Decretos reglamentarios. Pues bien, en relación con la segunda línea jurisprudencial que sostiene la obligatoriedad de motivar los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros, ha de destacarse una reciente sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de la que se deduce la posibilidad de declarar la nulidad de un reglamento del Gobierno o parte de él cuando la regulación aprobada carece de suficiente justificación en los documentos o informes obrantes en el expediente administrativo lo que, en definitiva, aclara la validez respecto de las disposiciones generales aprobadas mediante Real Decreto de la denominada motivación remisoria también conocida como motivación *in aliunde*.

CAPÍTULO VI

**LA EFICACIA Y VIGENCIA EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS
REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.**

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA Y VIGENCIA EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

1.- LA PUBLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS EN CONSEJO DE MINISTROS.

A.- La publicidad de los Reales Decretos reglamentarios comporta la posibilidad de su conocimiento auténtico por el círculo de destinatarios.

B.- Efectos de la publicación de los reglamentos del Gobierno en relación con la posibilidad de su impugnación por los destinatarios.

2.- LA DEROGACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

A.- Concepto y fuerza normativa de la derogación.

B.- Los efectos de la derogación respecto de la impugnabilidad del Real Decreto derogado.

C.- El régimen jurídico de la derogación de los Reales Decretos reglamentarios.

D.- La derogación tácita.

E.- La distinción entre derogación y nulidad.

3.- LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

A.- El significado del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y su regulación legal.

B.- Alcance del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

4.- LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- Significado y fundamento jurídico.

B.- Alcance del principio de irretroactividad de las normas reglamentarias respecto de los Reales Decretos reglamentarios.

a.- Supuestos en los que la resolución judicial entiende que el Real Decreto impugnado no lesiona los derechos particulares o simplemente no tiene efecto retroactivo.

b.- Supuestos en los que la resolución judicial entiende que el Real Decreto impugnado lesiona los derechos particulares.

5.- CONSIDERACIONES FINALES EN CUANTO AL RÉGIMEN DE EFICACIA Y VIGENCIA DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA Y VIGENCIA EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

1.- LA PUBLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS EN CONSEJO DE MINISTROS.

A.- La publicidad de los Reales Decretos reglamentarios comporta la posibilidad de su conocimiento auténtico por el círculo de destinatarios.

La relevancia que para el profesional del Derecho y el ciudadano tiene la publicación de los Reales Decretos reglamentarios en el Boletín Oficial de Estado se comprende mejor si tenemos en cuenta dos datos que ponen de manifiesto su funcionalidad en el desenvolvimiento del tráfico jurídico cotidiano.

En primer lugar, ha de destacarse que en la vida jurídica el reglamento dista mucho de ser la norma modesta y sustancialmente inocua que la teoría se empeña en presentar ante nosotros y, más bien, funciona como un producto normativo tan importante o más que la propia ley, como ya advirtiera el Conde

de Romanones hace más de medio siglo¹. Hasta tal punto es así que todos somos perfectamente conscientes de que para saber realmente a qué atenernos no basta, en absoluto, leer la ley, sino que es sencillamente imprescindible leer el reglamento. Hasta que éste no aparece, ni siquiera la propia Administración se atreve a poner en marcha y aplicar el texto legal, que, en ese tiempo intermedio, a veces prolongado permanece en estado de latencia, como si la ley no hubiera entrado en vigor, lo que da pie a la formalización, más o menos decidida, pero, desde luego frecuente en ese sentido e, incluso, a intentos de teorización sobre esa misma base aludiendo a las <<leyes necesitadas de reglamento>>.

En segundo término, conviene recordar el elevado número de reglamentos aprobados anualmente por el Consejo de Ministros mediante la forma de Reales Decretos lo que imposibilita a cualquier ciudadano para un conocimiento en profundidad de todos ellos e impone a la <<Administración>> autora la publicidad del reglamento como medio de conocimiento auténtico por el ciudadano. En este sentido, cabe recordar la reflexión realizada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en relación con la evolución de la Ley igualmente aplicable al reglamento². Señalaba en concreto el citado autor que la segunda gran crisis de la Ley [la primera viene representada por la idea de Constitución como norma superior, un *higher Law*, un Derecho más alto, con claras raíces en el Derecho Natural capaz de prevalecer sobre las leyes ordinarias e, incluso erigirse en canon de validez de las mismas] y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha

¹ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992, p. 34.

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1.999, pp. 47-49. Lección pronunciada ante el claustro de la Universidad de Málaga el día 15 de abril de 1.999, con ocasión de la investidura del autor como doctor *honoris causa* de su Facultad de Derecho.

seguido a una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que completan o ejecutan las leyes.

C. SCHMITT pudo hablar ya en 1.946 de la <<legislación motorizada>>. J. ORTEGA y GASSET en su conferencia *Individuo y organización* pronunciada en Darmstaad denunció igualmente en 1.953 <<la legislación incontinente>> afirmando al respecto que <<la Legislación se ha hecho cada vez más fecunda, y en los últimos tiempos se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes sin cesar. Esto trae consigo que el individuo no puede proyectar su propia vida, la legislación incontinente le desencaja de sí mismo, le impide ser>>. Se ha establecido, sigue diciendo, <<la tendencia natural del Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro haya desaparecido, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro y que el individuo se sienta constantemente como el personaje de Kafka, reo de no se sabe qué posibles delitos>>.

En el Ordenamiento jurídico español, además, hemos de tener en cuenta que el número de Reales Decretos ha crecido considerablemente en los últimos años pasando de los 1.692 publicados en el año 1.989 a los 3.540 en el año 2.000, y ello a pesar de las numerosas materias que siendo inicialmente de competencia estatal han pasado a ser ejercitadas por las Comunidades Autónomas. En efecto, a raíz de la Constitución, al contenido normativo del Boletín Oficial del Estado ha de sumársele el propio de cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. A lo anterior, ha de añadirse el Derecho derivado editado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con lo que la búsqueda de la normativa aplicable a un caso concreto se convierte en una ardua tarea partiendo además de la idea de que, en efecto, toda la normativa aprobada ha sido realmente

publicada en cada uno de los referidos diarios oficiales. Y es en relación con este planteamiento cuando adquiere toda su virtualidad el principio de publicidad de las normas consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución como garantía mínima que posibilita un conocimiento por los ciudadanos de las normas que están llamados a cumplir (lo que explicita el artículo 6 del Código Civil)³.

Por otra parte, si bien la obligatoriedad de la publicación de los reglamentos del Consejo de Ministros en el Boletín Oficial del Estado pudiera considerarse hoy en día como una exigencia obvia en el funcionamiento del Derecho, ha de tenerse en cuenta que tal práctica no ha sido seguida al menos respecto de la totalidad de los reglamentos del Estado (v.gr., con las órdenes ministeriales) en la época anterior a la aprobación de la Constitución española de 1.978⁴.

En nuestro Ordenamiento jurídico, por consiguiente, la publicación de los Reales Decretos reglamentarios se configura como presupuesto de su

³ Las cifras de Reales Decretos publicados, respectivamente, en los años 1.989 y 2.000 han sido obtenidas del Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi y pueden no coincidir con la totalidad de lo publicado durante estos dos ejercicios en el B.O.E. aunque sí son demostrativas del constante crecimiento de las normas aprobadas por el Consejo de Ministros. En torno a esta cuestión, F. SAINZ MORENO ha destacado que aunque la sensación de aturdimiento, de incapacidad de conocer, siquiera, las líneas generales del ordenamiento jurídico vigente se acrecienta en la actualidad, en realidad, dicho fenómeno constituye una constante a lo largo de la historia. Cita a este respecto un texto del jurista Francisco BERMÚDEZ DE PEDRAZA fechado en Salamanca en el año 1.612. Ver F. SAINZ MORENO, *Problemas actuales de la técnica normativa*, Anuario Jurídico de La Rioja, número 1, 1.995, pp. 55 y 56.

⁴ J. BERMEJO VERA, *La <<relativización>> del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general (comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1.978)*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, p. 540. El propio autor en su obra *La publicación de la norma jurídica*, 2ª edición, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.977, pp. 65-66, cita la Real Orden-Circular de 22 de septiembre de 1.836 como hito normativo en nuestro Derecho positivo que implanta el sistema de la *temporalidad simultánea* a partir de su publicación en el Diario Oficial -frente a la *progresiva* a partir de su comunicación al órgano receptor- de las disposiciones del Gobierno. Sin embargo, el requisito de la obligatoriedad de la publicación en la *Gaceta de Madrid* de <<todas las leyes, Reales Decretos y otras disposiciones generales que por su índole no sean reservadas>> no quedará establecido sino a partir del Real Decreto de 9 de marzo de 1.851.

eficacia, esto es, de la producción de sus efectos en el mundo jurídico⁵. A este respecto, debe citarse el vigente artículo 24 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1.997 y el artículo 2 del Código Civil que reiteran la exigencia de publicación contenida en la anterior legislación sobre la materia constituida por los artículos 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 1 del Código Civil. En concreto, el artículo 52.1 de la LRJAPYPC dispone que:

“Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda.”

En el mismo sentido, el artículo 24 de la Ley 50/1.997 de 27 de noviembre, en su número 4 declara en relación con las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno de la Nación que:

“La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el <<Boletín Oficial del Estado>>.”

⁵ En este sentido se pronuncian, entre otros, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Madrid, 2.002, p. 242; y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento para elaborar Disposiciones de Carácter General*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 27. Según este último profesor, reiterada jurisprudencia se ha referido a la publicación de la disposición general como requisito de eficacia (v.gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1.955, 5 de diciembre de 1.953 y 11 de octubre de 1.955); también las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1.959 sobre circulares y de 8 de octubre de 1.962 sobre publicación de las normas reglamentarias en los boletines ministeriales, afirmando la última de las citadas que <<cuando no se insertan en el Boletín Oficial carecen de fuerza de obligar, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal>>.

Una posición distinta es la mantenida por autores como E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 119 y ss.; o J. BERMEJO VERA, *La publicación de la Norma Jurídica*, 2ª edición, Cuadernos de Derecho Administrativo nº 6, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.977, p. 153 y ss. que consideran la publicación de la norma requisito esencial para su existencia. Este último autor anuda expresamente a la falta de publicación de una norma del Gobierno su nulidad radical, concepto en el que incluye la categoría de los actos inexistentes.

El artículo 2.1 del Código Civil, por su parte, establece que:

“Las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el <<Boletín Oficial del Estado>>, si en ellas no se dispone otra cosa.”

Pues bien, quien redacta estas líneas entiende que de los preceptos transcritos puede deducirse la regla general, según la cual, los reglamentos del Estado aprobados mediante Real Decreto han de publicarse íntegramente en el Boletín Oficial del Estado antes de su entrada en vigor. Ha de advertirse, no obstante, que existen en relación con otras normas reglamentarias de diverso rango leyes especiales como la relativa al régimen del suelo en las que se permite la entrada en vigor de los instrumentos de planeamiento urbanístico mediante la simple publicación del acuerdo aprobatorio y no de la totalidad del plan que, sin embargo, tiene carácter público pudiendo el interesado examinarlo y obtener la copia correspondiente. Así, el vigente texto refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en su artículo 124.1 dispone que:

“Los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de planeamiento se publicarán en el <<Boletín Oficial>> correspondiente.”

Del precepto citado cabe deducir la posibilidad de que los planes de ordenación urbana tengan vigencia sin ser publicados íntegramente o con la

sola publicación del acto que los aprobó. La jurisprudencia, no obstante, se ha mostrado en contra de dicha posibilidad en algunas de sus resoluciones⁶.

Ha de recordarse, a este respecto, que el artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de publicidad de las normas. Y no es lo mismo publicidad que publicación. Por consiguiente, cabría entender con J.M. BOQUERA OLIVER⁷ que el precepto transcrito del texto refundido de la Ley de Suelo regula la publicidad de las normas urbanísticas sin su publicación íntegra en los Boletines Oficiales respectivos dados los problemas que su edición comporta (así, v.gr., la necesidad de copiar planos de gran complejidad y anexos de extensión desmesurada).

Evidentemente la publicación de las normas entiendo que constituye, salvo que una Ley especial disponga expresamente lo contrario, el medio normal y obligado para dar publicidad a las normas legales y reglamentarias, configurándose como requisito *sine qua non* para su entrada en vigor. Es más, dados los medios actuales de impresión y transmisión de datos cada vez resultará más difícil encontrar supuestos en los que el contenido de la norma suponga un obstáculo para su publicación íntegra. No ha de confundirse, por otra parte, la publicación en el Diario Oficial de una norma con el soporte en el que la misma se realice que no tiene por qué reducirse exclusivamente al papel (así, v.gr., la publicación en el Diario Oficial se contiene en la

⁶ J. M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, p. 35. El citado autor cita expresamente las Sentencias de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 20 de diciembre de 1.979 que, en relación con los antiguos artículos 44 y 56 de la Ley del Suelo, afirmaban que la falta de publicación afecta a la validez de la disposición general.

⁷ J. M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, p. 36.

actualidad en bases de datos informáticas que permiten su utilización a través de medios telemáticos como internet).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que la publicación de los reglamentos se configura como acto preceptivo, y es el instrumento necesario para determinar la fecha de su entrada en vigor, exteriorizando la eficacia y obligatoriedad de las disposiciones generales. En este sentido, cabe citar excepcionalmente la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 6ª, de 16 de diciembre de 1.997 (Ar. 8.785. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS) pues, aunque en la misma no se impugna un Real Decreto, sienta la doctrina jurisprudencial respecto al carácter que tiene la publicación de los reglamentos del Estado al afirmar [F.J. 2º]:

“La Constitución Española de 1978, en el artículo 9.3, garantiza el principio de publicidad de las normas como consecuencia ineludible de la proclamación del Estado de Derecho, principio que se encuentra inmediatamente reconocido en relación con el de seguridad jurídica, también consagrado en el artículo 9.3, pues sólo pueden asegurarse las posiciones de los ciudadanos la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, así como la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlos mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultan contrarias al principio de publicidad, aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.

La garantía de publicidad que aparece reflejada en la Constitución, se concreta en los artículos 91, cuando indica que procede la inmediata publicación de las leyes aprobadas por las Cortes Generales tras la sanción Real, 96.1 respecto de

los Tratados Internacionales, condicionando su eficacia a su publicación oficial en España y en la reserva que al Estado se efectúa en el artículo 149.1.8 de la Constitución, pues a él le corresponde la emisión de la regla relativa a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

La aplicación en la legislación ordinaria de tal garantía constitucional se concreta, respecto de las leyes, en el artículo 2.º del Código Civil, que proclama que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa y respecto de las Disposiciones Administrativas, en los invocados artículos citados como infringidos por el Abogado del Estado: El artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que establece que para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los decretos y demás disposiciones administrativas, habrán de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el Código Civil y el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones de carácter general, habrán de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el Código Civil.”

La citada Resolución judicial 16 de diciembre de 1.997 destaca, por consiguiente, que la Constitución Española consagra el principio de publicidad de las normas, íntimamente unido al de seguridad jurídica que realiza el artículo 9.3 CE como consecuencia de la proclamación del Estado de Derecho. De este modo, los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultan contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento. Y por último, advierte que dicho principio, no obstante, tenía

ya reflejo en la legislación ordinaria previa a la Constitución en relación con los Reales Decretos reglamentarios en los artículos 2 Cc, 29 LRJAE y 132 LPA.

Continuando con el tema analizado, he de señalar que, de otro lado, la norma reglamentaria, entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Diario Oficial salvo disposición en contrario. Es la denominada *vacatio legis* sobre la que el Consejo de Estado ha manifestado un parecer favorable a su mantenimiento salvo que circunstancias de urgencia aconsejen la inmediata entrada en vigor del Real Decreto reglamentario de que se trate. Así, v.gr., cabe citar el Dictamen número 1.058/92, Sección 2ª, de 21 de julio de 1.992 (Rec. 15), que en su consideración 2ª dispone en relación con el <<expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Patronato del Instituto Cervantes>> que:

“La disposición final del Real Decreto prevé la entrada en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Ante cláusulas de este tipo, el Consejo de Estado suele hacer la observación de que no debe llevarse hasta ese límite la supresión de la <<*vacatio legis*>> máxime cuando se ha convertido en práctica normal -lo que no es por sí garantía de acierto- la entrada en vigor el día siguiente al de la publicación.

En este caso, sin embargo, por el carácter y el contenido de la norma proyectada -constitución de un órgano-, que no comporta la incorporación al ordenamiento de derechos generales o atinentes a un conjunto indeterminado de ciudadanos, la observación carecería de interés y su fundamento de fuerza auténtica.”

Del citado Dictamen del Consejo de Estado puede deducirse que el fundamento último de la regla general de la <<vacatio legis>> establecida en el artículo 2.1 Cc, en relación con el tema investigado, radica en la necesidad de un conocimiento <<anticipado>> del Real Decreto reglamentario aprobado por los destinatarios del mismo, especialmente, cuando la norma del Gobierno comporta la incorporación al Ordenamiento jurídico de derechos u obligaciones generales o aplicables a un conjunto indeterminado de ciudadanos. De este modo, las personas interesadas en la norma podrán acomodar su conducta a las nuevas precisiones reglamentarias desde el primer día de su entrada en vigor realizando, si fuera necesario, las modificaciones materiales oportunas (así por ejemplo, adquisición de nuevos equipos de seguridad vial que un Decreto establece como obligatorios).

B.- Efectos de la publicación de los reglamentos del Gobierno en relación con la posibilidad de su impugnación por los destinatarios.

La publicación en el Boletín Oficial del Estado de un reglamento aprobado mediante Real Decreto tiene indudablemente efectos en cuanto a la posibilidad de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, puede citarse el supuesto de publicación de un Real Decreto reglamentario en el Boletín Oficial del Ministerio después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Pues bien, en este caso, es el texto publicado en el <<Boletín Oficial del Estado>> el que tiene la consideración de <<oficial y auténtico>> y su publicación conforme al artículo 2.1 del Código Civil, 52 de la LRJAPYAC y el artículo 24 de la Ley del Gobierno hace

efectivo el principio de publicidad normativa consagrado en el art. 9.3 CE. En este sentido puede citarse el Auto de 13 de octubre de 1.992 (Ar. 8.128) y la Sentencia de 4 de diciembre de 1.992 (Ar. 9.886). El Auto indicado de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 13 de octubre de 1.992 (Ar. 8.128. Ponente: M. MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS) dispone al respecto en su F.J. 1:

“La alegación previa suscitada en este proceso es idéntica a otra del mismo carácter, resuelta sobre bases asimismo idénticas en Auto 26 mayo pasado, cuyo contenido procede que reiteremos en este caso en aras de la unidad de doctrina:

«1.º-El Real Decreto 359/1989, de 7 abril, sobre retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aparece publicado en el BOE correspondiente al día 13 abril, por lo que el plazo de dos meses para su impugnación en la vía contencioso administrativa finalizó el 13-6-1989, no el 14 de ese mes, que es la fecha en que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de interposición del recurso, aunque en este último día se volviera a publicar en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, como alega el recurrente.

El art. 58.3.b) de la Ley Jurisdiccional establece que el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo -cuando no proceda la notificación personal- debe contarse desde el día siguiente al de la última publicación oficial del acto o disposición. Ahora bien, cuando se trata -como en este caso- de disposiciones generales emanadas de los órganos del Estado, es el texto publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el que tiene la consideración de «oficial y auténtico» -arts. 3.º 1.a y 4.º 1 del Real Decreto 1511/1986, de 6 junio-, y su publicación los arts. 2.1 del Código Civil, 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la

Administración del Estado anudan, por lo general, el cumplimiento del principio de publicidad normativa consagrado en el art. 9.º 3 de la Constitución.

La publicación del Real Decreto 359/1989, de 7 abril, en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, no tiene otro alcance que el de mera transcripción del BOE, con la sola finalidad de facilitar y extender su conocimiento, sin que el texto publicado en aquel periódico tenga la consideración de auténtico, como puede inferirse confrontando los aps. 1 y 2 del art. 2.º de la Orden del Ministerio de Defensa núm. 2/1985, de 15 enero.

La solución que propugna el recurrente introduce un factor de inseguridad jurídica y una desigualdad en la aplicación de la Ley -del art. 58 de la Ley Jurisdiccional-, haciendo depender el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo de una publicación posterior a la que tiene lugar en el BOE, que es la única que se tiene en cuenta para el común de los ciudadanos. Por eso el art. 2.º 2 de la Orden 2/1985, de 15 enero, sólo vincula el cómputo de los plazos y términos a partir de la publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, cuando se trata de disposiciones generales del Ministerio de Defensa, que además no aparezcan en el BOE, lo que no es el caso.»

«2.º- Como colofón de todo lo expuesto, procede estimar la alegación previa de extemporaneidad en la interposición del presente recurso por caducidad de la acción contencioso administrativa -art. 82.f), en relación con el 71 de la Ley Jurisdiccional-, con la consiguiente declaración de inadmisibilidad de aquél y sin que proceda hacer expresa imposición de las costas causadas.»

El plazo de dos meses para la impugnación directa de los Reales Decretos reglamentarios establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa comenzará a contarse a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado aunque haya otra posterior realizada en el Diario

del Ministerio competente en la materia de que se trate. A este respecto, resulta interesante advertir como la expresión contenida en el antiguo artículo 58.3.b) de la LJCA (<<desde el día siguiente al de la última publicación oficial del acto o disposición>>) ha sido sustituida en el actual artículo 46.1 de la LJCA 29/1.998 de 13 de julio que omite toda referencia al carácter inicial o final de la publicación (<<desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada>>).

La publicación de Reales Decretos reglamentarios en el Boletín Oficial del Ministerio que elaboró la propuesta no tiene, por lo tanto, la consideración de <<oficial y auténtico>> por contraposición con el que se realiza con arreglo a las disposiciones legales que regulan el tema (artículo 2.1 Cc; antiguos artículos 29 LRJAE y 132 LPA; y actuales artículos 52 LRJAPYPAC y 24.4 LG). Constituye simplemente un medio adicional de conocimiento de la nueva norma en vigor por sus destinatarios que carece de efectos legales en relación con el cómputo del plazo de dos meses establecido en el actual artículo 46.1 LJ para interponer un recurso directo contra la misma (antiguo artículo 58.3 LJ).

2.- LA DEROGACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

A.- Concepto y fuerza normativa de la derogación.

La derogación de un reglamento supone su pérdida de eficacia con carácter *ex nunc*, esto es, a partir de la entrada en vigor de la nueva norma reglamentaria que viene a sustituir a la derogada en el lugar que ésta ocupaba en el Ordenamiento jurídico. El artículo 2.2 del Código Civil contiene, a este respecto, la regla general al afirmar que:

“Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado.”

La derogación se sitúa, por lo tanto, en el ámbito de la sucesión de las normas en el tiempo de modo que la norma derogada no pierde del todo su eficacia sino que sigue regulando las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. En el lenguaje usual, sin embargo, es frecuente identificar el término derogación con la extinción o muerte de un acto normativo que quedaría privado de cualquier efecto jurídico. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio del 2.000, Sala 3ª, Sección 4ª (Ar. 3.718. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), en su F.J. 3º, declara:

“Hemos afirmado en las sentencias de 30 de mayo de 1991 y 9 de mayo de 1995 que en el lenguaje usual es frecuente hablar de derogación en términos de existencia de un acto normativo que vendría así a extinguirse o morir al ser

derogado pero que en la ordenación formal de las fuentes, la derogación se sitúa, más que en el de la existencia, en el terreno de la sucesión de normas en el tiempo.”

En el mismo sentido se viene manifestando el Consejo de Estado al exponer, en alguno de sus dictámenes, el fenómeno que la doctrina denomina <<*ultraactividad de las normas jurídicas*>>. Así su Sección 4ª en el Dictamen número 55.276 de 8 de noviembre de 1.990 (Rec. 19) afirmó que, por lo general, la norma derogante no pretende ser aplicada a los hechos o situaciones nacidos bajo la vigencia de la norma anterior, sino que tales hechos y situaciones continúan siendo recogidos por la norma derogada, la cual conserva, respecto de ellos, plena validez. La derogación no tanto extingue la norma cuanto delimita en el tiempo su ámbito material de validez, concretándolo a un conjunto determinado de hechos o situaciones jurídicas aparecidas con anterioridad a la misma. La Corte Constitucional italiana, en su Sentencia 63/1.970 de 28 de abril, expresó brillantemente esta idea al decir que el efecto de la derogación sobre una ley consiste en que ésta <<de ser originariamente fuente de una norma referible a una serie indefinida de hechos futuros...pasa a ser fuente de una norma sólo referible a una serie definida de hechos pasados>>.

B.- Los efectos de la derogación respecto de la impugnabilidad del Real Decreto derogado.

En esta sección voy a puntualizar exclusivamente los efectos que la derogación de un Real Decreto reglamentario tiene sobre aquellos recursos en los que se impugna la norma derogada. Pues bien, respecto de tales recursos y dada la eficacia propia de la derogación con efectos hacia el futuro entiendo que no resulta inconveniente continuar el proceso para obtener, si el Tribunal competente así lo estima, la declaración de nulidad de pleno derecho. Y ello, con base en las claras diferencias existentes, como se expone a continuación (vid. apartado E) entre los conceptos de declaración de nulidad y de derogación de una norma reglamentaria.

C.- El régimen jurídico de la derogación de los Reales Decretos reglamentarios.

El concepto de derogación señalado, en cuanto sucesión de las normas en el tiempo, determina que la norma derogada continúe produciendo efectos respecto de las situaciones jurídicas producidas durante su vigencia. Así, por ejemplo, los derechos correspondientes a un ciudadano en un proceso se ventilan conforme a la normativa que era de aplicación cuando interpuso el

oportuno recurso contencioso-administrativo. Y en este sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1.995 (Ar. 4.059) y 10 de julio del 2.000 (Ar. 3.718/2.001). En concreto, la primera de las citadas, Sala 3ª, Sección 4ª (Ar. 4.059. Ponente: J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ), en su F.J. 3º declara:

“Se alega que la Administración no ha podido basar su auditoría en una norma ya derogada por otra que a su vez ha sido declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo. Una norma derogada, sin embargo, sigue existiendo y produciendo efectos en el ordenamiento aún después de su derogación respecto de las situaciones nacidas a su imperio.”

b) Las resoluciones judiciales citadas de 9 de mayo de 1.995 y 10 de julio del 2.000, en sus FF.JJ. 3º, a la que ha de sumarse la Sentencia del 25 de enero de 1.999 (Ar. 345. F.J. 3), aluden además a la posible concurrencia del efecto denominado <<reviviscencia de la norma derogada>> que consiste en que si se declara nula la norma derogatoria cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogativa. En concreto, la Resolución judicial de 25 de enero del 2.000 (Ar. 3.718/2.001. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO, Sección 4ª) afirma [F.J. 3º]:

“Es de apreciar por ello que si se declara nula la norma derogatoria cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogatoria que, en definitiva, no es más que una de las manifestaciones de la fuerza normativa, por lo que es claro que sigue desplegando efectos la norma anterior, y ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva, pues aquélla ha sido declarada nula con efectos «ex tunc». Aplicando tal doctrina al caso que se examina resulta que mantener la inexistencia del Real Decreto

1.373/1979, como pretende la parte recurrente, supondría reconocer, todavía, eficacia derogatoria al Real Decreto 2.647/1.985, cuando éste y así se ha declarado por este Tribunal en las sentencias que se nos invocan fue declarado nulo de pleno derecho. Como ello no es posible, el motivo debe ser desestimado.”

La consecuencia de la eliminación de la fuerza derogativa de la norma declarada nula no es, por lo tanto, que la norma anterior continúe desplegando efectos, pues esto ya lo hacía a pesar de la derogación respecto de la situaciones nacidas a su amparo, sino que la misma tiene eficacia sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva, pues ésta ha sido declarada nula con efectos «*ex tunc*».

D.- La derogación tácita.

La derogación tácita viene regulada en el propio artículo 2.2 del Código Civil al disponer que la derogación <<se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior>>, lo que ha sido recordado expresamente por alguna Sentencia del Tribunal Supremo con ocasión de la impugnación de un Real Decreto reglamentario. Así, por ejemplo, en el F.J. 4º de sendas Sentencias de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 9 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.564 y 9.565. Ponente: J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ).

El Consejo de Estado, en relación con este tema, ha mantenido respecto de la elaboración de normas finalmente aprobadas mediante Reales Decretos que no resulta inconveniente derogar de modo expreso un artículo de un reglamento ya derogado tácitamente por una norma de rango legal dado su carácter clarificador del Ordenamiento jurídico vigente. En concreto, el Consejo de Estado afirma en su Dictamen número 55.768, Sección 3ª, de 21 de enero de 1.991, Consideración 1ª, que:

“Se trata, en efecto, no tanto de extinguir una norma jurídica que se considera derogada, sino de retirar su texto de los libros, por utilizar una expresiva forma de decir de los juristas anglo-americanos. Reconociendo que una norma no expresamente derogada puede conservar cierta capacidad para influir en el comportamiento de los ciudadanos, se persigue terminar con esa posible eficacia fáctica residual.

En este sentido, estima el Consejo de Estado que sería preferible prescindir de la Disposición Final del Anteproyecto. Al fijar una fecha de entrada en vigor del Real Decreto, esa Disposición parece sugerir que el Real Decreto trae consigo una innovación normativa, lo que, como se ha dicho, no es el caso.”

En última instancia, pues, si una disposición general del Gobierno deja sin derogar expresamente una norma anterior, la misma puede conservar cierta eficacia residual, esto es, cierta capacidad para influir en el comportamiento de los ciudadanos.

La derogación tácita, por lo tanto, plantea siempre el inconveniente de que su conocimiento por el conjunto de los ciudadanos se encuentra sujeto a una interpretación sistemática del Ordenamiento jurídico. Dicha labor no siempre resulta sencilla ni siquiera para el experto en Derecho, sobre todo cuando se dictan nuevos Reales Decretos en materias en las que ya existía un variado conjunto de normas de diverso rango, muchas de las cuales regulaban además aspectos puntuales. De ahí que no resulte inconveniente seguir la regla que contenía el antiguo artículo 129.3 LPA que obligaba a acompañar los proyectos de reglamento tanto con las tablas de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia como con la relación de disposiciones que hubieran de quedar total o parcialmente derogadas. La referida prescripción, sin embargo, no se recoge en el vigente artículo 24 LG, como ya he indicado en el Capítulo anterior.

E.- La distinción entre derogación y nulidad.

Finalmente, ha de destacarse que el efecto *ex nunc* de la derogación de un reglamento constituye precisamente una de sus diferencias más visibles respecto del régimen de la declaración de nulidad de una disposición de

carácter general que sí tiene eficacia retroactiva lo que ha sido mantenido por la generalidad de la doctrina⁸.

R. GÓMEZ-FERRER MORANT, en concreto, sostiene que la retroactividad de la declaración de nulidad de un reglamento se da desde el momento que fundamenta la revisión de oficio de los actos dictados a su amparo. Y el hecho de que dicha revisión pudiera efectuarse sin tal declaración previa, lo único que supone es reconocer que nuestro Ordenamiento admite lo que podría denominarse revisión indirecta del reglamento ilegal. Es decir, en todo caso la nulidad del reglamento se produce desde el momento en que se dicta, por lo que la declaración de nulidad sólo viene a constatar una realidad ya existente desde tal fecha y, en consecuencia, ha de tener efecto retroactivo.

3.- LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS MEDIANTE REAL DECRETO.

A.- El significado del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y su regulación legal.

⁸ En este sentido se pronuncian, entre otros, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de los reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, pp. 397-398 y L. LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Revista de Administración Pública, número 34, enero-abril, 1.961, p. 74. El último autor hace referencia al dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 1.960 en el que se sostiene la doctrina de que mientras la derogación no produce efectos retroactivos -ni por ello afecta a los derechos adquiridos-, la declaración puede afectar a tales derechos adquiridos dado su carácter retroactivo.

El artículo 52.2 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre recoge en nuestro Derecho el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos en los siguientes términos:

“Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general aunque aquella tenga igual o superior rango que éstas.”

El precepto transcrito no hace sino reiterar la regla que ya venía siendo recogida en el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957. La referida regla establece, por lo tanto, que la autoridad que ha dictado un reglamento (o una autoridad superior a ella) no puede excepcionar para un caso concreto su aplicación. En consecuencia, el Consejo de Ministros no puede excepcionar mediante un Real Decreto un reglamento aprobado mediante idéntico instrumento o a través de una Orden ministerial.

El artículo 1 de la antigua Ley de lo Contencioso de 1.888 de Santamaría de Paredes daba pie al mismo principio al aceptar como materia de recurso <<las resoluciones administrativas...que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo>>.

La jurisprudencia producida bajo el imperio de esta Ley no tuvo por ello dificultad en sostener el criterio de la inderogabilidad singular de los

reglamentos (v.gr., Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo 1.930, 4 de diciembre de 1.933, 17 de febrero de 1.936 y 12 de abril de 1.943) que ya se había asentado en todo el Derecho continental europeo⁹.

J. GONZÁLEZ SALINAS¹⁰ afirma que el fundamento de la inderogabilidad de las disposiciones reglamentarias se encuentra en el principio mismo de legalidad. La Administración puede autoatribuirse poderes mediante la potestad reglamentaria pero sólo a través del Derecho objetivo. Existe, en definitiva, una diferencia de planos en la que se sitúan la derogación general operada por la norma y la que resulta de un acto administrativo:

a) La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del Ordenamiento –la potestad reglamentaria-.

b) Para la derogación en un caso concreto, por el contrario, la Administración no tiene potestad, porque es la potestad reglamentaria la que permite a la Administración actuar en la materia de que se trata, y es manifiestamente ilegal tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio reglamento. Y ello porque, del principio de legalidad se deduce, y la conclusión es de primer orden, que el Ordenamiento afecta a la Administración pública considerando

⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el Fundamento de la Inderogabilidad Singular de los Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 27, septiembre-diciembre, 1.958, pp. 63-64. El autor refleja la aceptación generalizada de dicho principio en la doctrina administrativa europea citando en concreto: 1) En Francia, ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l' Administration*, Paris, 1.926, p. 262 y ss. 2) Italia: ZANOBINI, *Sul fondamento de l'inderogabilità dei Reglamenti*, en <<Rivista di Diritto Pubblico>>. 1.917, recogido posteriormente en sus *Scritti vari*, Milano, 1.955, p. 3 y ss. 3) En Alemania: FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 3ª ed., München und Berlin, 1.953, p. 116.

¹⁰ J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto Administrativo*, Revista de Administración Pública, número 121, enero-abril, 1.990, pp. 175-182.

ésta como un sujeto primariamente, como una persona jurídica, y de ninguna forma como una función estatal por lo que está sometida al mismo.

En cuanto a las denominadas <<reservas de dispensación>> entiende que el principio de legalidad las excluye pues a través de las mismas lo que se pretende es habilitar a la Administración y dar cobertura para una derogación singular del reglamento. Y dado que está tajantemente prohibida la derogación singular, el reglamento, en tanto las admite, sería en ese punto nulo de pleno derecho. Ello no sólo por contradecir normas superiores, sino más específicamente porque al ser dicho reglamento producto del sujeto mismo destinatario al que se le prohíbe derogar singularmente estaría utilizando esa potestad reglamentaria de modo que no sería tal. Distinto de las reservas de dispensación es la atribución por la norma reglamentaria de <<potestades discrecionales>> ya que con el ejercicio de las mismas se respeta el carácter vinculante del reglamento en todos los casos.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹ refiere como O. MAYER, y sobre todo G. ZANOBINI, han destacado que el principio opuesto rige en relación con las leyes formales: los órganos legislativos tienen un poder indiscutido, y del cual hacen constante aplicación, para apartar cualquier caso singular del imperio de una ley general. Por otra parte, con ocasión de la inderogabilidad singular de los reglamentos se produce una clara excepción del principio jurídico *a maiore ad minus*, pues al órgano que dictó la norma le está permitido derogar

¹¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el Fundamento de la Inderogabilidad Singular de los Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 27, septiembre-diciembre, 1.958, pp. 65-83. El profesor cita a O. MAYER, *Le Droit administratif allemand*, I, Paris, 1.903, p. 114 y ss. y a G. ZANOBINI, *Scritti vari*, Milano, 1.955, p. 6 y ss. También menciona el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos en su *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 206.

el reglamento totalmente o cambiar sus preceptos pero en cambio no puede proceder a la derogación singular en un caso concreto. Y, asimismo, excede del viejo principio *legem patere quam ipse fecisti*, porque no sólo se le niega la posibilidad de derogación singular al órgano autor de la norma sino incluso a su superior jerárquico.

En cuanto a las doctrinas justificativas de la inderogabilidad singular de los reglamentos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA destaca principalmente las tres siguientes:

1) La tesis del necesario respeto a los derechos adquiridos o *iura quaesita*, sostenida tradicionalmente por nuestra doctrina (v.gr., R. FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, J. GONZALÉZ PÉREZ, A. GUAITA MARTORELL). Sin embargo, dicha tesis deja sin explicar: a) por qué a la ley singular no es oponible el derecho adquirido y sí lo es al reglamento singular; y b) por qué serían ilegales las derogaciones singulares de reglamentos que no impliquen estrictamente un *auferre alterius* (por ejemplo, una dispensa que supone un otorgamiento positivo).

2) La tesis de la explicación puramente política del fenómeno. Se trata de una facultad de la que se le ha privado positivamente a la Administración justificada en los principios generales del Derecho Constitucional y, en particular, en el principio de división de poderes. No es posible que se reconozca a la Administración dictar actos legislativos singulares ya que supondría la vuelta al antiguo despotismo (G. ZANOBINI).

3) La tesis de la vinculación positiva de la Administración pública a la Ley (G. ZANOBINI, H. KELSEN). La Administración no puede actuar sin una habilitación positiva del Ordenamiento y, sin embargo, puede participar en la formación del mismo en cuanto es titular de la potestad reglamentaria. De lo anterior resulta que: a) si los poderes de ejercicio ha de ser conferidos por el Ordenamiento, ella misma puede atribuírselos mediante la potestad reglamentaria; b) sin embargo, en la creación del Derecho objetivo mediante un reglamento no cabe el sistema de apropiación casuística y ocasional de potestades. Se niega el <<*quod Principe placuit legem habet vigorem*>> en la dimensión profunda del principio de legalidad.

F. GARRIDO FALLA¹², por su parte, funda igualmente la regla analizada en el principio de legalidad consagrado en nuestro Estado de Derecho y del que resultan las siguientes consecuencias: 1ª) la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo; 2ª) el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de fuentes; y, finalmente, 3ª) la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.1 y 3 CE, 106. 1 CE, 51 y 52 de

¹² F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 199-200.

la LRJAPY PAC. Y con base en lo anterior, afirma¹³ que una autoridad administrativa puede, indudablemente, derogar sus propios reglamentos o dictar otros de contenido contrario. Pero mientras tal derogación no tenga lugar, está vinculada en su actuación concreta a la vigencia de sus propias prescripciones.

De acuerdo con las posturas doctrinales mencionadas, estimo que el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos (en el presente estudio analizada en relación con los dictados por el Gobierno), no es otro que el principio mismo de legalidad. En efecto, el Poder Ejecutivo no puede vulnerar el Ordenamiento jurídico, y en concreto el <<bloque de legalidad>> en el que se integran los reglamentos como Derecho objetivo, dictando un acto contrario al mismo. La jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo analizada lo reconoce expresamente, así v.gr. en las Sentencias de 14 de mayo de 1.992 (Ar. 4.157) y 18 de marzo de 1.993. La última de las citadas, de la Sección 4ª (Ar. 1.772. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), en su F.J. 4º dispone:

“Los preceptos de las disposiciones reglamentarias pueden ser derogados por disposiciones del mismo rango emanadas de la misma autoridad que dictara las primeras. Lo que no cabe es que un precepto reglamentario pueda ser derogado por un acto singular. La razón de lo último es la siguiente: que la Administración -en el caso que nos ocupa estamos refiriéndonos a la Administración del Estado- en el ejercicio de sus competencias está vinculada a la legalidad (arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución); y que la derogación de un

¹³ F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, p. 116.

precepto reglamentario mediante acto singular representaría una arbitrariedad, lo que está expresamente prohibido por el art. 9.3 de la Constitución.”

El Gobierno no puede derogar un precepto contenido en un Real Decreto reglamentario mediante un acto singular. Y ello porque el Ejecutivo cuando ejerce su potestad de normación está vinculado a la legalidad (arts. 9.1 y 103.1 de la CE); y la derogación de un precepto reglamentario mediante un acto singular representaría una arbitrariedad, lo que está expresamente prohibido por el art. 9.3 CE.

La inderogabilidad singular de los reglamentos recogida en el artículo 52.2 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre plasma el principio de sumisión de la Administración pública al Ordenamiento jurídico en su conjunto. Por consiguiente, su vulneración implica necesariamente una infracción de ley, que puede ser manifestación incluso de una desviación de poder y, en todo caso, es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor de lo dispuesto en los artículos 106 CE, 8 LOPJ y 63.1 de la LRJAPYAC.

B.- Alcance del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha venido delimitando de modo casuístico el alcance del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos deslindándolo de figuras afines.

Así en concreto, puedo mencionar, en relación con la doctrina jurisprudencial analizada, los siguientes supuestos.

a.- No se atenta contra el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos cuando la norma reglamentaria no establece un régimen privilegiado sino que establece un régimen de opción. En tal sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sección 3ª de 16 de enero de 1.998 (Ar. 301. Ponente: O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ), en su F.J. 4º.

b.- No se vulnera tampoco el referido principio cuando el reglamento es reproducción y desarrollo sin desvío de un precepto legal. Así, v.gr., se dispone en la Sentencia de la Sección 3ª de 15 de octubre de 1.997, F.J. 4 (Ar. 7.538. Ponente: F. CID FONTÁN) al declarar que:

“El art. 47 del Reglamento reproduce y desarrolla el art. 25.3 de la Ley de Costas es literalmente idéntico al mismo, puesto que por razones de utilidad pública debidamente acreditadas, establece que el Consejo de Ministros puede autorizar determinadas instalaciones con absolutas garantías, cual es que se autoricen excepcionalmente, por razones de utilidad pública debidamente acreditadas o por razones económicas justificadas y siempre con determinadas cautelas, como es que las actuaciones se acomoden a los planes urbanísticos, no siendo por tanto cierta la afirmación del recurrente de que el Consejo de Ministros puede discrecionalmente dispensar las prohibiciones de los arts. 45 y 46, dado que es la propia Ley la que ha habilitado la disposición reglamentaria que la desarrolla y cumplimenta sin desviarse en nada de lo dispuesto en la ley.”

En última instancia, ha de concluirse que cuando la disposición del Gobierno es reproducción y desarrollo propio de la norma legal que lo habilita no existe derogación singular de la ley por el reglamento porque ni tan siquiera se produce tal derogación.

4.- LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS APROBADAS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- Significado y fundamento jurídico.

La doctrina mayoritariamente se ha pronunciado como punto de partida en el estudio de la eficacia de la norma reglamentaria, enfocado especialmente a la dictada por el Gobierno de la Nación, de modo favorable a la regla de la irretroactividad. Así J. GONZÁLEZ PÉREZ¹⁴, afirma que en principio rige la regla de la irretroactividad, manifestación o concreción de otra no menos esencial, la de la seguridad jurídica que supone la imposibilidad de aplicar una norma a situaciones jurídicas nacidas antes de su entrada en vigor (v.gr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1.917).

¹⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento para elaborar Disposiciones de carácter general*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 29. En este punto conviene indicar que, respecto de la retroactividad, la doctrina ha elaborado diversas clasificaciones en un intento de precisar sus efectos sobre el Ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, J.M. SUÁREZ COLLÍA, *El Principio de Irretroactividad de las Normas Jurídicas*, 2ª edición revisada y aumentada, Editorial Actas, Madrid, 1.994, pp. 63-85, distingue cinco clases de actividad de las normas jurídicas atendiendo a la esfera temporal y a su forma de aplicación: 1) retroactividad máxima; 2) retroactividad media; 3) retroactividad mínima (según se apliquen a relaciones jurídicas consagradas y a situaciones agotadas; a consecuencias nacidas de la situación o relación jurídica nacidas o que hayan de ejecutarse a partir de la entrada en vigor de la norma; o, por último, a efectos de la situación o relación jurídica que nazcan a partir de la entrada en vigor de la misma); 4) la retroactividad <<*in bonus*>> o aplicación al pasado de la nueva norma jurídica por ser más favorable; y, finalmente, 5) la ultractividad que sería el efecto contrario a la retroactividad, de modo que la norma pese a haber perdido su vigencia se aplica a hechos que se produjeron bajo su imperio.

Como tal principio se consagra en el actual artículo 2.3 del Código Civil, aplicable, no sólo al ámbito estricto del Derecho civil, sino también a las normas de cualquier otra naturaleza, concretamente a las administrativas y tributarias. Así, v.gr., en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1.956, 17 de marzo de 1.960 y 26 de enero, 1 de febrero y 25 de marzo de 1.961.

Finalmente, el citado autor señala que los derechos adquiridos constituyen un límite a la aplicación retroactiva de una disposición (así, por ejemplo, en Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1.929 y 1 de febrero de 1.961).

J. GONZÁLEZ SALINAS¹⁵, por su parte, sostiene que la Constitución ha ampliado la regla de la irretroactividad a la norma legal si bien limitando el ámbito de las <<disposiciones restrictivas de derechos individuales>> sólo a los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la propia Constitución. En consecuencia, los derechos fundamentales y las libertades públicas no pueden ser limitados con eficacia retroactiva ya que no son susceptibles de restricción alguna siendo la incomodidad que para la sociedad representan las minorías amparadas por tales derechos una elemental carga impuesta por el Estado de Derecho. Por el contrario, para el resto de los

¹⁵ J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto Administrativo*, Revista de Administración Pública, número 121, enero-abril, 1.990, pp. 165-174. En el mismo sentido se pronuncia I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1.988 (7ª reimpresión, 1.999), p. 98. J.M. SUÁREZ COLLÍA, *El Principio de Irretroactividad de las Normas Jurídicas*, Editorial Actas, 2ª edición revisada y aumentada, mayo, 1.994, pp. 18 y ss., por su parte, cita sentencias del Tribunal Constitucional que: a) rechazan expresamente la equiparación automática de la expresión <<derechos individuales>> del artículo 9.3 CE con la de <<derechos adquiridos>> (STC 27/1.981 de 20 de julio); b) refieren exclusivamente la expresión <<derechos individuales>> a los derechos y libertades contenidos en los artículos 15 a 29 CE (STC 42/1.986, de 10 de abril). Una posición próxima es la mantenida por J.M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, pp. 37-41, si bien invoca en última instancia como fundamento de los supuestos de retroactividad el principio de legalidad.

derechos (por ejemplo, el de propiedad individual) podría jugar el efecto retroactivo fundado en el principio indemnizatorio.

Respecto de las disposiciones reglamentarias, entiende que subsiste en toda su virtualidad la negación de efectos retroactivos a las mismas en cuanto rebasen el límite general de los derechos adquiridos. A este respecto, ha de considerarse que los referidos derechos constituyen situaciones jurídicas subjetivas (individuales, especiales y temporales) mientras que las normas legales y reglamentarias constituyen situaciones objetivas y generales (distinción recogida en las Sentencias del Tribunal constitucional de 29 de julio de 1.986 y 21 de mayo de 1.987). La extensión y alcance de los derechos adquiridos son determinados por un acto o negocio jurídico, no directamente por la Ley, que se limita a hacer posible la conclusión de ese acto o negocio (un contrato, por ejemplo).

En este punto, en definitiva, cabe advertir la concurrencia de un mismo régimen jurídico para las actuaciones en sentido amplio de las Administraciones públicas, tanto si se concretan en actos como si se articulan en disposiciones reglamentarias (art. 9.3 CE y 57.3 LRJAPYPA). Las pretendidas excepciones a la regla general de la irretroactividad de los reglamentos (v.gr. reglamentos interpretativos u organizativos) o no son tales o esconden equívocos inadmisibles.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶, por su parte, propone limitar la irretroactividad a que se refiere el artículo 9.3 CE a los reglamentos: el límite no estaría en el tipo de derecho afectado, sino en la naturaleza de la disposición cuya retroactividad se pretende. La irretroactividad de las leyes en materia penal y sancionadora estaría fundada no en el artículo 9.3 CE (<<disposiciones>>), sino específicamente en el artículo 25.1 CE (que emplea el término <<legislación>>). Fuera de este ámbito y de conformidad con el artículo 2.3 Cc, el Poder Legislativo como tal podría dar efecto retroactivo a sus normas. Los derechos adquiridos, las situaciones individuales ya establecidas en firme, no deben constituir un freno para la voluntad superior del legislador, supuesto el carácter abierto del sistema de ordenación social consagrado por la Constitución.

En cuanto a la irretroactividad de los reglamentos propiamente dicha, mantiene con base en el artículo 57.3 LRJAPYAC que si la Ley prohíbe a la Administración otorgar eficacia retroactiva a un acto singular para proteger a los ciudadanos frente al riesgo de una agravación de su situación resultante de la mera voluntad de una organización subordinada, tanto más debe entenderse prohibida por las mismas razones la aplicación hacia atrás de esa misma voluntad cuanto ésta pretende operar, con carácter general, respecto de todos los casos posibles.

La irretroactividad *in pejus* de los reglamentos resulta así una consecuencia del principio de legalidad al que ha de acomodarse en todo caso

¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 206. Igualmente, los autores abordan el tema en la 4ª Edición de la obra (Editorial Cívitas, Madrid, 1.986, pp. 81 y ss.) citada por J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto Administrativo*, Revista de Administración Pública, número 121, enero-abril, 1.990, pp. 169 y 171.

la actuación de la Administración pública (art. 103.1 de la Constitución) y está sancionada en el artículo 62.2 de la LRJAPYPAC al prescribir que <<también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que establezcan la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales>>. Y sólo en los supuestos del artículo 57.3 LRJAPYPAC (retroactividad *in bonus*) es admisible la aplicación hacia el pasado de las normas reglamentarias.

En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada en relación con los Reales Decretos reglamentarios, se detecta la existencia de una evolución jurisprudencial en el periodo constitucional que parte de una postura contraria o al menos enormemente restrictiva de la retroactividad de los reglamentos del Gobierno en una interpretación inicial del artículo 9.3 CE. Posteriormente, se adopta una tesis delimitadora de los posibles efectos retroactivos de las normas reglamentarias del Ejecutivo que tienen como límite general, en todo caso, a los derechos adquiridos de los particulares. Así, podemos distinguir:

a.- La tesis precedente contraria a la retroactividad de los reglamentos del Gobierno es mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 13 de febrero de 1.989 (Ar. 2.464. Ponente: J.L. MARTÍN HERRERO) que en su F.J. 3º afirma:

“Este Tribunal, en Sentencias de 5 de febrero de 1987 [Ar. 509] (de esta misma Sala) y de 24 de marzo del mismo año [Ar. 3.806] (de la Sala Cuarta) ya ha precisado que si bien la retroactividad puede ser establecida por una Ley, es

dudoso que pueda hacerlo un Reglamento, llegando a la conclusión de que la retroactividad solamente puede ser establecida por una norma con rango de ley formal, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Código Civil y el 9-3 de la Constitución Española garantizan la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, lo que obliga a concluir que la retroactividad queda excluida de la potestad reglamentaria de la Administración.”

La mencionada doctrina entendía dudoso que el reglamento aprobado en Consejo de Ministros pudiera establecer la retroactividad llegando a la conclusión de que la misma solamente puede ser establecida por una norma con rango de ley formal. Por lo tanto, extendía a cualquier contenido reglamentario la prohibición particular del artículo 9.3 CE que establece únicamente la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales.

b.- La tesis actualmente mantenida por la jurisprudencia es favorable a la posibilidad de que existan Reales Decretos reglamentarios *con efecto retroactivo*, siempre con el límite del respeto a los derechos adquiridos por los particulares. De dicho tenor son las argumentaciones contenidas en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 11 de junio de 1.996 (Ar. 5.408) y 25 de noviembre de 1.997 (Ar. 8.642). Esta última, en concreto, (Ponente: E. ESCUSOL BARRA) en su F.J. 6 expone con detalle la referida doctrina jurisprudencial al declarar:

“Ante el planteamiento de los recurrentes, debemos preguntarnos: ¿cómo debe ser entendido el término leyes que emplea el artículo 2.3 del Código Civil? Y la respuesta es ésta: La doctrina más autorizada, teniendo en cuenta los antecedentes de dicho precepto legal, entendió que con el término leyes se alude a toda clase de disposiciones jurídicas, dado que hay que emplear la palabra leyes en sentido amplio. Según esta posición doctrinal, construida a partir de los antecedentes del Código Civil y tras la publicación del mismo, en el término leyes estarían comprendidas las leyes formales, las disposiciones del ejecutivo con rango de ley y los reglamentos. Esto explica que la vieja Sentencia del Tribunal Supremo de 17 abril 1900 expresara que, conforme al Código Civil, la Administración podía modificar sus disposiciones reglamentarias y dar efecto retroactivo a sus disposiciones, siempre que no se alteraran, lesionaran o desconocieran derechos creados al amparo de disposiciones anteriores.

2. A partir de la Constitución Española de 1978, la cuestión de la posibilidad de que una disposición reglamentaria pueda contener un precepto que le dé carácter retroactivo se convirtió en un tema polémico, de suerte que se pusieron frente a frente dos tesis defendidas por sectores doctrinales distintos: según una de esas tesis, los reglamentos no tienen ningún límite específico para poder establecer efectos retroactivos a sus disposiciones; según la segunda tesis, los reglamentos no pueden establecer que sus disposiciones tengan efectos retroactivos y ello radicalmente, es decir, en ningún caso. La polémica sobre la cuestión de si los reglamentos pueden dar efectos retroactivos a sus disposiciones, se ha planteado ante los Tribunales. Y así Sentencias del Tribunal Supremo, tales, como las de 15 abril 1980[Ar. 1.335], 27 febrero 1981 [Ar. 690], 13 noviembre 1981, 26 enero 1982[Ar. 301], 29 febrero 1982, 18 mayo 1983[Ar. 3.358] y 29 julio 1986[Ar. 6.912], son expresión de la primera de las tesis indicadas, si bien teniendo en cuenta que el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales: tal doctrina ha sido recogida por la reciente Sentencia de esta Sala de 23 abril 1997[Ar.3.363], en la que se dice que los reglamentos están

incluidos en la expresión leyes que utiliza el Código Civil. La Constitución, pues, garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.”

Por consiguiente, la última doctrina jurisprudencial afirma la posibilidad de que las normas reglamentarias tengan efecto retroactivo mientras no se restrinjan los derechos individuales de los particulares destinatarios de las mismas. Y ello en atención a que los reglamentos, y más concretamente los del Gobierno, no tienen ningún límite específico para poder atribuir efectos retroactivos a sus disposiciones por lo que han de ajustarse a la regla general prevista en los artículos 9.3 CE y 2.3 Cc.

Por lo demás, mantiene que el artículo 2.3 Cc emplea la expresión <<leyes>> como sinónimo de <<norma jurídica>> por lo que resulta plenamente aplicable a los reglamentos. En consecuencia, según dicha línea jurisprudencial, los Reales Decretos reglamentarios tendrán efecto retroactivo siempre que así se disponga con el límite del artículo 9.3 CE.

B.-Alcance del principio de irretroactividad de las normas reglamentarias respecto de los Reales Decretos reglamentarios.

La doctrina sentada en torno a la irretroactividad *in pejus* de los Reales Decretos reglamentarios tiene su reflejo en las Sentencias examinadas de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Así podemos distinguir los siguientes casos:

a.- Supuestos en los que la resolución judicial entiende que el Real Decreto impugnado no lesiona los derechos particulares o simplemente no tiene efecto retroactivo.

1) La Sentencia de la Sección 7ª de 8 de abril de 1.992 (Ar. 2.717. Ponente: L.A. BURÓN BARBA) mantiene, en su F.J. 5, que el Real Decreto impugnado no vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, consagrado en el artículo 9.3 de la CE pues no se proyecta sobre los funcionarios que consolidaron la plaza, al amparo de la normativa anterior, por <<el turno de consorte>>, a los que sigue respetando este derecho individual. En consecuencia, limita sólo las expectativas de futuras provisiones de plazas y no de derechos adquiridos.

2) La Sentencia de la Sección 3ª de 7 de julio de 1.992 (Ar. 3.816. Ponente: B. S. MARTÍNEZ SANJUÁN), en su F.J. 2, afirma que las Disposiciones Transitorias del Real Decreto examinado (R.D. 127/1.984, de 11 de enero) no vulneran el principio de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución, ya que no se trata de aplicar el Real Decreto con carácter retroactivo sino de aplicar sus Disposiciones Transitorias, que, precisamente por respetar aquellas situaciones jurídicas nacidas al amparo de anteriores normativas pero que no agotaron sus efectos durante su vigencia, vienen a regular las mismas cuando entra en vigor el nuevo Real Decreto. Tales Disposiciones Transitorias delimitan, además, los hechos generadores de unos posibles <<derechos adquiridos>> al amparo de la anterior normativa derogada, y el plazo de su ejercicio, todo ello en relación con el principio de seguridad y certeza jurídica.

Termina la Resolución judicial afirmando que la irretroactividad, efectivamente, tiene su fundamento y límite en los derechos adquiridos.

3) La Sentencia de la Sección 4ª de 8 de mayo de 1.998 (Ar. 3.673. Ponente: E. CARRIÓN MOYANO) en su F.J. 3 declara que no se infringe el artículo 9.3 de la Constitución cuando el Real Decreto impugnado establece un régimen jurídico propio que no infringe ningún derecho adquirido con carácter firme y permanente.

b.- Supuestos en los que la resolución judicial entiende que el Real Decreto impugnado lesiona los derechos particulares.

Debo incluir en este apartado la ya citada Sentencia de 13 de febrero de 1.989 (Ar. 2.464. Ponente: J.L. MARTÍN HERRERO) que en su F.J. 4º sostiene que la retroactividad establecida en el Real Decreto impugnado contiene no ya una restricción de derechos individuales sino una sanción para determinadas conductas que el propio reglamento califica de infracción, por lo que lo contemplado por la norma, que se pretende tenga carácter retroactivo, incide de lleno en el campo de la actividad sancionadora. Por ello, dado su rango, dicho reglamento solamente puede tener eficacia *ex nunc*, y por consiguiente, las conductas que en él se imponen, solamente podrán exigirse a partir de la fecha de su entrada en vigor y respecto de las operaciones realizadas desde entonces.

5.- CONSIDERACIONES FINALES EN CUANTO AL RÉGIMEN DE EFICACIA Y VIGENCIA DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene, en relación con la eficacia y vigencia en el tiempo de los Reales Decretos reglamentarios, que la publicación de un reglamento se configura como un acto preceptivo, y es el instrumento necesario para determinar su entrada en vigor, exteriorizando su eficacia y obligatoriedad.

La obligatoriedad del acto de publicación del Real Decreto normativo se impone al Gobierno por imperativo del principio de publicidad de las normas consagrado en el artículo 9.3 CE como consecuencia de la proclamación del Estado de Derecho. Todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de un conocimiento efectivo de las normas mediante un instrumento <<oficial>> que de fe de su existencia y contenido. En última instancia, el principio de publicidad de las normas no es sino una concreción del principio mucho más amplio de seguridad jurídica que impide la puesta en vigor de disposiciones generales cuya existencia y contenido no puedan ser de general conocimiento. En la actualidad, la regulación positiva del principio de publicidad de los Reales Decretos normativos se encuentra recogida en los artículos 2.1 del Cc, 52.1 LRJAPYAC y 24 LG, lo que no hace sino dar continuidad a la regla contenida con anterioridad al texto constitucional en relación con los reglamentos del Gobierno (artículos 2 Cc, 29 LRJAE y 132 LPA).

Pero al mismo tiempo, como he indicado, la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo destaca que la publicación del Real Decreto reglamentario en el Boletín Oficial del Estado se configura como el instrumento necesario para determinar su entrada en vigor, de modo que a partir de la *vacatio legis* de 20 días establecida con carácter general en el

artículo 2.1Cc o de la fecha que la propia norma establezca, comienza a producir efectos en el mundo jurídico. Y a este respecto, ha de tenerse en cuenta que el conocimiento con precisión de cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma del Gobierno es capital para conocer cuando empieza a computarse:

1) El plazo de entrada en vigor de sus disposiciones sobre el conjunto de relaciones jurídicas llamadas a ser reguladas por la norma aprobada mediante Real Decreto.

2) La derogación de la norma que viene a ser sustituida en la regulación de un determinado sector del Ordenamiento jurídico.

3) El plazo general de dos meses establecido por la Ley de la Jurisdicción para impugnar directamente el Real Decreto normativo que se estime contrario a Derecho.

La determinación de la fecha inicial de vigencia jurídica de la norma del Gobierno tiene, por lo tanto, gran relevancia no sólo para los ciudadanos en su conjunto sino también más específicamente para los profesionales del Derecho. Por ello ha sido objeto de discusión doctrinal durante largo tiempo la determinación cual era el día inicial a efectos de la recurribilidad del Real Decreto reglamentario en el supuesto concreto de que el mismo se hubiera publicado, además de en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín Oficial del Ministerio proponente. Pues bien, en relación con este supuesto, la Sala 3ª del Tribunal Supremo mantiene en la actualidad una posición uniforme consistente en estimar que es la publicación contenida en el Boletín Oficial del Estado la que tiene la consideración de oficial y auténtica a efectos del computo de los dos meses que, para interponer el recurso contencioso-

administrativo contra la disposición impugnada, establece el artículo 46.1 LJ. En consecuencia, la publicación de los Reales Decretos reglamentarios en el boletín ministerial competente de la materia regulada ha de considerarse simplemente como un medio adicional de conocimiento o información que no puede suplir en modo alguno ni producir anticipadamente los efectos de la *publicación oficial* en el Boletín del Estado.

Por otra parte, la doctrina del Consejo de Estado, dictada en relación con proyectos de Reales Decretos reglamentarios, sostiene un parecer favorable al mantenimiento de la *vacatio legis* prevista como regla general por el Código Civil, salvo circunstancias de urgencia, de modo que permita un conocimiento anticipado de la norma. Dicho plazo de espera resulta especialmente conveniente cuando la aprobación de un Real Decreto supone la incorporación al Ordenamiento jurídico de nuevos derechos y obligaciones. Además, ha de considerarse la enorme extensión adquirida por nuestro sistema normativo que impide siquiera un conocimiento de conjunto de la totalidad de los Reales Decretos que se publican a lo largo del año. Si a todo lo anterior unimos la cada más mayor relevancia de las normas reglamentarias (especialmente las del Consejo de Ministros) para que las numerosas leyes aprobadas puedan aplicarse, la aplicación general de la regla de la *vacatio legis* constituye una decisión prudente del Ejecutivo. Se respeta un lapso tiempo, posterior a la publicación de la disposición general aprobada mediante Real Decreto, durante el cual los ciudadanos y los propios funcionarios pueden ir familiarizándose con la norma nueva.

Respecto de la derogación de los reglamentos del Gobierno, las últimas Sentencias del Tribunal Supremo examinadas y la doctrina del Consejo de

Estado relativa al tema coinciden en afirmar que la derogación se sitúa en el ámbito de la sucesión de las normas en el tiempo, de modo que la norma derogada no pierde del todo su eficacia sino que sigue regulando las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. En efecto, la derogación de un reglamento aprobado mediante Real Decreto supone *sólo* la pérdida de su eficacia con carácter *ex nunc*, es decir, a partir de la entrada en vigor de la nueva disposición reglamentaria que viene a sustituir a la derogada en el lugar que ésta ocupaba en el Ordenamiento jurídico. Por ello, la norma derogada conserva, respecto de los hechos o situaciones nacidas bajo su vigencia, plena validez (*ultraactividad de las normas jurídicas*).

Las Resoluciones judiciales estudiadas, asimismo, contemplan también el fenómeno denominado <<*reviviscencia de la norma derogada*>> que consiste en que si se declara nula la norma derogante cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogatoria. Por consiguiente, el reglamento del Gobierno derogado continúa desplegando sus efectos pero ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva. En consecuencia, la disposición general indebidamente derogada pasa de aplicarse a una serie definida de hechos pasados a regular de modo indefinido los hechos futuros que se produzcan dentro de su ámbito de aplicación.

La exposición realizada respecto del régimen jurídico relativo a la eficacia y vigencia en el tiempo de los Reales Decretos reglamentarios entiendo que permite concluir que en cuanto a su entrada en vigor (a raíz de su correspondiente publicación en el Boletín Oficial del Estado) y a su pérdida de eficacia se encuentran sometidos al mismo régimen que las normas con fuerza de Ley por imperativo de lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil. Existe, en este punto, una uniformidad de regulación derivada de la naturaleza de

norma jurídica propia de los reglamentos del Gobierno que se integran en el Ordenamiento jurídico así como de la necesidad de dar coherencia y funcionalidad al sistema de vigencia de las normas en el tiempo y, en última instancia, de la obligación de atender a las exigencias del principio de seguridad jurídica.

En cuanto al régimen de retroactividad y de inderogabilidad singular de las normas aprobadas mediante Real Decreto, el mismo pone de manifiesto, por otra parte, la condición de acto propio de la Administración pública que tiene el reglamento que, como tal, se encuentra sometido al principio de legalidad.

De este modo, respecto de la inderogabilidad singular de los reglamentos del Gobierno, la jurisprudencia analizada fundamenta dicha regla en el principio mismo de legalidad. En efecto, el Ejecutivo no puede vulnerar el Ordenamiento jurídico, y en concreto el bloque de legalidad en el que se integran los reglamentos del Gobierno como derecho objetivo, dictando un acto contrario al mismo. El Consejo de Ministros es titular de la potestad reglamentaria por lo que puede dictar disposiciones de carácter general que se imponen en su propia actuación, sin embargo, no puede dictar actos concretos que vulneren para un supuesto puntual lo establecido por ella misma con carácter general. La Administración pública se encuentra sometida a la ley y a sus propias prescripciones como persona jurídica. La aprobación por el Consejo de Ministros de un acto contrario a un reglamento aprobado mediante Real Decreto constituiría una actuación que iría en contra del ejercicio legítimo de la potestad administrativa otorgada por el artículo 97 CE y, de

modo más inmediato, a la prescripción contenida en el artículo 52.2 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre.

Por otra parte, la doctrina legal examinada sostiene que no se atenta contra el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos cuando el Real Decreto de que se trate establezca un régimen de opción, o se limite a reproducir o desarrollar sin desvío un precepto legal. En el primer caso, porque realmente no existe una derogación singular sino la elección por el Consejo de Ministros que dicta el acto de una de las posibilidades permitidas por la norma. En este supuesto, el Gobierno haría uso de la discrecionalidad administrativa permitida por el Real Decreto normativo. En el segundo supuesto, porque lo que realmente estaría aplicando el Ejecutivo sería la propia ley de la que la disposición general aprobada mediante Real Decreto no es sino mera transcripción, reiterando lo ya regulado por una norma legal previa.

En relación con la retroactividad de las disposiciones aprobadas en Consejo de Ministros, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sufre una evolución en el periodo constitucional que parte de una postura contraria o al menos enormemente restrictiva de tal retroactividad, en una interpretación inicial del artículo 9.3 CE. Posteriormente, adopta una tesis proclive a los efectos retroactivos de las normas reglamentarias del Ejecutivo, en la medida en que les es aplicable la regla general de los artículos 9.3 CE y 2.3 Cc, si bien sostiene que la eficacia retroactiva de dichas normas tienen como límite general los derechos adquiridos por los particulares.

Para la primera de las tesis, sustentada inmediatamente después de la aprobación de la Constitución Española, iniciando de esta manera una línea jurisprudencial que se prolonga hasta finales de la década de los años ochenta, los reglamentos como los aprobados por Real Decreto no pueden establecer que sus disposiciones tengan efectos retroactivos y ello radicalmente, esto es, en ningún caso. Por el término <<leyes>> del artículo 2.3 Cc ha de entenderse normas con rango de ley lo que conlleva la exclusión de cualquier tipo de reglamento de su ámbito de aplicación sin que, por otra parte, las excepciones a la irretroactividad del artículo 9.3 CE alcancen, en modo alguno, a las disposiciones generales como las aprobadas en Consejo de Ministros. El fundamento de esta posición jurisprudencial se encontraría en la consideración de que si la Administración pública, como organización meramente servicial, no puede otorgar eficacia retroactiva a un acto singular (salvo excepciones muy tasadas) para proteger a los ciudadanos frente al riesgo de un posterior empeoramiento de su situación resultante, con más razón debe entenderse prohibida, en este caso de modo absoluto, la aplicación hacia el pasado de la voluntad del Ejecutivo cuando actúa con carácter general.

La segunda posición jurisprudencial constituye, por el contrario, la tesis actualmente mantenida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en relación con los reglamentos en general y más en concreto con los Reales Decretos normativos. La expresión <<leyes>> que emplea el artículo 2.3 Cc alude a toda clase de disposiciones jurídicas, dado que utiliza el término en sentido amplio. Por lo tanto, dicha expresión comprende tanto las leyes formales como las disposiciones del Ejecutivo con rango de ley y los reglamentos. El límite a la retroactividad de los Reales Decretos reglamentarios se encontraría en el artículo 9.3 CE que niega la retroactividad a las normas sancionadoras no

favorables o restrictivas de los derechos individuales, y en el artículo 62.2 LRJAPY PAC que establece la nulidad plena para aquellas disposiciones generales que vulneren la referida prohibición.

La doctrina jurisprudencial más reciente afirma, por consiguiente, la posibilidad de que los Reales Decretos reglamentarios tengan efecto retroactivos mientras no agraven las sanciones preexistentes ni perjudiquen los derechos individuales de los destinatarios de la norma. Y esto último, porque los derechos adquiridos constituyen situaciones jurídicas individuales que no pueden ser alteradas más que por una norma con rango de ley mediante la correspondiente indemnización. Por lo tanto, en la actualidad puede concluirse que el régimen jurídico de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto permite tanto la denominada <<retroactividad in bonus>>, es decir, aquélla que produce efectos favorables al destinatario sin perjudicar a terceros, como aquélla que carezca de cualquier clase de efectos negativos en su aplicación.

En resumen pues, respecto del régimen de retroactividad y de inderogabilidad singular de las normas aprobadas mediante Reales Decretos, cabe señalar que el mismo manifiesta la condición de reglamento de tales disposiciones aprobadas en Consejo de Ministros, en cuanto acto propio de la <<Administración pública>> (entendiendo esta última expresión en el sentido de Órgano que ejerce potestades administrativas). La Administración General del Estado se encuentra sometida como persona jurídica al Ordenamiento en su conjunto y, en concreto, al principio de legalidad que le impide ejercer la potestad reglamentaria para normar con carácter de excepción un caso individual o para atribuir efectos retroactivos a un reglamento en perjuicio de los derechos propios de los particulares.

CAPÍTULO VII

LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN EL SISTEMA NORMATIVO DE FUENTES DEL DERECHO VIGENTE TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978. LAS RELACIONES DE LOS REGLAMENTOS DEL CONSEJO DE MINISTROS CON LA LEY.

CAPÍTULO VII

LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN EL SISTEMA NORMATIVO DE FUENTES DEL DERECHO VIGENTE TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978. LAS RELACIONES DE LOS REGLAMENTOS DEL CONSEJO DE MINISTROS CON LA LEY.

1.- DOCTRINA GENERAL.

A.- El origen histórico de la relación entre la Ley y el reglamento.

B.- La relación entre la Ley y el reglamento en el Derecho español tras la Constitución Española de 1.978.

C.- La extensión del principio de legalidad.

D.- Técnicas de relación entre la Ley y el reglamento.

E.- Precisiones doctrinales en relación con la técnica de relación entre la Ley y el reglamento.

2.- LA RESERVA DE LEY Y EL DESARROLLO DEL ORDENAMIENTO POR EL GOBIERNO.

A.- Definición y origen histórico de la reserva de ley.

B.- La reserva de ley en la Constitución Española de 1.978.

C.- Examen de la doctrina científica sobre las reservas legales de los Capítulos II y III del Título I de la Constitución: los derechos fundamentales, las libertades públicas y los principios rectores de la política económica y social.

D.- Las reservas de Ley Orgánica establecidas por la Constitución según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo objeto de la presente investigación.

E.- Las reservas de ley ordinaria establecidas en la Constitución según la doctrina analizada del Tribunal Constitucional y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

a.- Fundamento y alcance de la reserva de ley.

b.- Supuestos concretos de desarrollos reglamentarios realizados por el Gobierno de la Nación en relación con las distintas reservas de ley establecidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

a'.- La reserva de ley del artículo 25 CE.

b'.- La reserva de ley del artículo 27 CE.

c'.- La reserva de ley del artículo 31 CE.

d'.- La reserva de ley del artículo 35 CE.

e'.- La reserva de ley del artículo 36 CE.

c.- Supuestos concretos de desarrollos reglamentarios realizados mediante Real Decreto en relación con específicas reservas de ley establecidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

d.- La reserva de ley del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 103.3 CE, en la jurisprudencia objeto de la presente investigación.

e.- Doctrina jurisprudencial en relación con el carácter de reserva de ley de las <<bases>> o <<legislación básica>> atribuida al Estado en determinadas materias del artículo 149 de la CE.

3.- LA INEXISTENCIA DE RESERVA REGLAMENTARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A FAVOR DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN.

4.- LA DESLEGALIZACIÓN Y ULTERIOR REGULACIÓN MEDIANTE REAL DECRETO REGLAMENTARIO DE UNA DETERMINADA MATERIA.

A.- El concepto de deslegalización.

B.- La técnica deslegalizadora.

5.- CONSIDERACIONES FINALES.

CAPÍTULO VII

LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN EL SISTEMA NORMATIVO DE FUENTES DEL DERECHO VIGENTE TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978. LAS RELACIONES DE LOS REGLAMENTOS DEL CONSEJO DE MINISTROS CON LA LEY.

1.- DOCTRINA GENERAL.

A.- El origen histórico de la relación entre la Ley y el reglamento.

Como afirma E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹, la democracia es nuestro destino. Sólo en ella se reconoce hoy la legitimidad del poder político. La idea democrática ha sido en Occidente una creación de las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, la americana y la francesa. Y, precisamente, como frutos de las mismas se afirmarán durante el siglo siguiente dos grandes principios para la organización del Estado: la igualdad social y el papel de la ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del propio poder político.

Las fuentes doctrinales de la democracia están, sin duda alguna, en los dos grandes ilustrados de los siglos XVII y XVIII. De una parte, J. LOCKE en su *Two Treatises of Civil Government* que fundamenta el poder político en el

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 92, octubre-diciembre, 1.996, p. 610 y ss.

respeto de la libertad e igualdad de los hombres². Y por otra, J.J. ROUSSEAU, cuyas aportaciones fueron recogidas en su *Contrat Social, Léttres écrites de la Montagne* y en sus *Discours sur l'Economie politique*. Dicho autor propone un nuevo concepto de Ley que es la decisión del pueblo sobre el pueblo. La Ley se configura como una obra de lo que él llamará, con un término que hará fortuna, la <<voluntad general>>, que ha de pronunciarse sobre cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales: <<cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes>>. La Ley³, expresión de la volunta general, tiene como objetivo localizar, proteger y hacer efectiva la libertad, articulando la libertad de todos y asegurando su simple coexistencia (lo que se plasmará, posteriormente en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano).

Pues bien, la definición de este sentido profundo de la Ley (<<la mística de la Ley>>) constituye precisamente la aportación decisiva de la Revolución francesa sobre el tema de la ordenación de las fuentes del Derecho y supone el punto de arranque de la ordenación sistemática de las normas en los regímenes jurídicos continentales⁴.

² JOHN LOCKE, *Two Treatises on Civil Government*. <<Essay on Civil Government>>, 1.690 (Traducción de A. Lázaro Ros, Editorial Aguilar, México, 1.983, p. 100), parágrafo 134, destaca la íntima relación entre democracia y ley al afirmar que <<ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma en que lo esté y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tiene la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido adoptada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo>>.

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración Pública y la Ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 108, octubre-diciembre, 2.000, p. 569, recoge el sentido específico de la definición de la ley en relación con la idea de libertad formulada por J.J. ROUSSEAU y consagrada en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1.789.

⁴ El tribuno DAUNOU, *Archives Parlementaires, 2^e série, tome I*, p. 182, imbuido de la mística revolucionaria, resumía la primacía absoluta de la ley en el sistema de fuentes del Derecho al afirmar, el 23 de pluvioso del año VIII (12 de febrero de 1.800), que <<pour abroger ou modifier une loi, il faut une loi>> sinon <<les Gouvernements disposeraient seuls.... de toutes les lois>>. Citado por J.L. MESTRE, *De l'ancien sur l' article 37, alinéa 2, de la Constitution*, Revue Française du Droit Administratif, mars-avril, n° 17, 2.001, p. 301. En dicho artículo el autor expone la doctrina francesa, defendida por algunos autores a lo largo

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1.789 consagra en su artículo 6° el concepto general de Ley, indicando el artículo 7° que nadie puede ser intimado a obedecer sino en nombre de la Ley. En consecuencia, se impone una legalización completa de los Poderes Ejecutivos y Judicial, que deben limitarse a ejecutar la Ley. Inicialmente se proscribió, por lo tanto, que el Gobierno pueda dictar reglamentos pues en el esquema descrito constituyen una orden arbitraria.

El proceso revolucionario francés (explicado en cuanto al origen del reglamento en el Capítulo II de la presente tesis doctoral), no obstante la coherencia lógica del sistema expuesto, va a verse obligado a admitir que el Gobierno dicte reglamentos de ejecución de las leyes ante la imposibilidad material de que la Asamblea Nacional discuta y regule todos los temas con la precisión necesaria. Así, como destaca A. LUCARELLI⁵, la teoría del poder reglamentario del Ejecutivo y, en particular, la relación ley-reglamento surge, desde el punto de vista formal, en la Constitución de 13 de diciembre de 1.799 que introdujo en el vocabulario constitucional la palabra reglamento.

del siglo XIX, según la cual el poder Ejecutivo podía dictar Decretos que vinieran a derogar leyes que no eran propiamente tales por abordar “materias de la Administración” y que se encuentra en el origen del artículo 37.2 de la Constitución de 1.958.

⁵ A. LUCARELLI, *Potere Regolamentare*, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1.995, pp. 1 a 6. El citado autor recuerda como la Constitución de 22 de febrero del año VIII establecía en el ya estudiado artículo 44 que: <<Le Gouvernement propose des lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution>>.

La relación entre la Ley y el reglamento nace, en consecuencia, dentro del esquema de la división de poderes como un desarrollo necesario de las ideas originarias de la Ilustración. La fórmula descrita en el siglo XVIII por CH. DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU, como titularidad exclusiva para cada poder de su respectiva función, va a desenvolverse para servir también ahora a la causa de la libertad contra el despotismo asegurando, mediante la sumisión plena del reglamento a la Ley, los derechos civiles y políticos del ciudadano y la tutela del principio democrático⁶.

La modificación operada en el plano constitucional otorgando al Gobierno una potestad reglamentaria plenamente sometida a la Ley no va a suponer, sin embargo, una renuncia a los dogmas originales. El *régne de la loi* –opuesto al reino del hombre–, como regulación sistemática y completa capaz de encuadrar la totalidad de la vida social, permitirá disfrutar de lo que B. CONSTANT en 1.818 denomina <<la libertad de los modernos>> que se concreta en el derecho de no estar sometido más que a las leyes.

La ruptura del positivismo jurídico en el Derecho continental promovida desde posiciones doctrinales diversas a lo largo del siglo XIX, no se producirá en el plano formal hasta mediados del siglo XX. A ello contribuyen, fundamentalmente dos hechos. Por una parte, la consagración de los principios generales no sólo como fuente subsidiaria del Derecho sino también como elemento informador del Ordenamiento jurídico (v.gr. en España con la reforma del Título preliminar del Código Civil aprobado por el Decreto

⁶ CH. DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*. 2 vols. Génève, 1.748. Segunda Parte, Libro XI, Capítulo III (traducción de L. Blanco Vila, Editorial Torres Goyanes, Madrid, 1.999, pp. 220-221) define la libertad en los siguientes términos: <<la libertad es el derecho a hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad>>).

1.836/1.974 de 31 de mayo). Y, por otra, la instauración de la justicia constitucional en Europa⁷. La Constitución es norma jurídica que integra derechos fundamentales y un sistema de principios y valores que reclama su aplicación con lo que el proceso de aplicación del Derecho, lejos de poder ser entendido como una operación mecánica, pasa a ser algo necesario y rigurosamente axiológico⁸.

B.- La relación entre la Ley y el reglamento en el Derecho español tras la Constitución Española de 1.978.

El contenido de la Constitución Española de 1.978 revela la asunción de los postulados teóricos en los que se asienta la evolución histórica descrita. El texto constitucional español parte de los dogmas ilustrados expuestos en cuanto a la noción de Ley y su relación con el reglamento pero somete a las normas reglamentarias (y en concreto, al Real Decreto reglamentario), no sólo a la Ley sino también a la Constitución y al Derecho en su conjunto. Un análisis del texto constitucional revela la consagración del principio de legalidad⁹:

a.- El artículo 9.3 CE proclama la vigencia en nuestro Derecho del principio de legalidad, si bien el citado artículo establece en su número 1 un mandato más amplio para los ciudadanos y los poderes públicos al indicar que

⁷ En el fondo de estos dos fenómenos subyace el triunfo de las democracias occidentales sobre el fascismo y el nacionalsocialismo en la Segunda Guerra Mundial que determina, en última instancia, la vigencia universal de los derechos fundamentales de la persona (refrendada en la Resolución 217 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de diciembre de 1.948 que aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos), así como de los principios democráticos frente a los principios totalitarios de regímenes fundados en el positivismo más exacerbado.

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 92, octubre-diciembre, 1.996, p. 610 y ss.

⁹ J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el reglamento, reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, Revista de Administración Pública, números 100-102, Vol.I, enero-diciembre, 1.983, pp. 473-476.

los mismos están <<vinculados a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico>>.

b.- El artículo 97 CE otorga al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes y el artículo 103.1 CE vincula la Administración <<a la Ley y al Derecho>> lo que supone igualmente el reconocimiento del principio de primacía de la Ley. Dicho principio, por otra parte, puede deducirse también de otros artículos como el 1, 3 y 66 de la CE.

Pues bien, el citado principio proclamado en la Constitución determina que las relaciones entre la Ley y el reglamento (como el aprobado en Consejo de Ministros), se van a producir de conformidad con dos reglas:

1) La primacía de la ley que permite reservar a la norma legal cualquier materia, y en este sentido no ofrece mayores problemas.

2) La reserva de ley que exige una ley previa para el ejercicio de la potestad reglamentaria en determinadas materias. En este caso, es la Constitución la que ha entendido que es preciso contar con una norma con fuerza de ley antes de proceder a dictar un reglamento, de forma que tan sólo la Ley permitirá el ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta técnica sí que provoca ya numerosos problemas interpretativos.

En esta misma línea, J.L PALMA FERNÁNDEZ¹⁰, partiendo de la primacía del Poder Legislativo, llega a la conclusión de que la relación entre la Ley y el reglamento es la existente entre un poder superior y otro inferior y éste encuentra su límite y razón en aquél.

M. BAENA DEL ALCÁZAR¹¹, por su parte, afirma que el principio de legalidad implica la sumisión de la Administración a la Ley, estando sometidos a ella tanto los reglamentos como los actos administrativos concretos. Y, según dicho autor, han de mencionarse en este tema, además, otros dos principios que inciden de manera notable en la relación entre la Ley y el reglamento y que son, respectivamente, el principio de competencia normativa desarrollado en el Título VIII del texto constitucional y el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 CE.

El orden de aplicación de las normas estatales es siempre primero la Ley y, después, el reglamento. Pues bien, con arreglo al primero de los principios enunciados, cuando estamos en el ámbito de competencia no exclusivamente estatal, las normas estatales siguen teniendo también aplicación preferente. Su aplicación es supletoria, en todo caso, respecto de la normativa propia de las Comunidades Autónomas en materias de su exclusiva competencia (artículo 149.3 CE).

¹⁰ J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *Reglamentos Autónomos en España*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 87, julio-septiembre, 1.995, p. 333. En relación con dicha cuestión, dentro del Derecho francés, F. DONNAT y D. CASAS, *Les obligations du pouvoir réglementaire pour mettre en oeuvre le pacte civil de solidarité*, Chronique générale de jurisprudence administrative française L'Actualité juridique-Droit Administratif, nº 7-8, juillet-août, 2.002, p. 586, recuerdan la idea de que al poseedor del poder reglamentario le incumbe adoptar las medidas necesarias para asegurar la plena aplicación de la ley.

¹¹ M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Derecho Administrativo de las Entidades Públicas*, Editorial Dykinson, Madrid, 1.995, pp. 20-22.

De conformidad con el segundo, ha de tenerse en cuenta el orden de aplicación de las normas, de acuerdo con la autoridad que las dicta, establecido en la Constitución para el Estado y las Comunidades Autónomas. El principio de jerarquía normativa se solapa con el de legalidad, en cuanto supone que los reglamentos están subordinados a las leyes. Pero su principal efectividad se refiere a las relaciones entre los propios reglamentos. Así, es nulo el reglamento dictado por una autoridad inferior si contraviene el de una autoridad superior.

C.- La extensión del principio de legalidad.

Los artículos 97 y 103.1 CE han constitucionalizado el sometimiento pleno de la Administración a la Ley que la doctrina administrativista en Europa durante el siglo XIX (R. CARRÉ DE MALBERG, G. ZANOBINI y A. MERKL¹²) había defendido partiendo de los dogmas de la Ilustración. Y el <<sometimiento pleno de la Administración a la Ley>>, expresión ampliada en la actualidad al <<Derecho>>, es concebida como vinculación positiva (*positive Bindung*) lo que implica la necesidad de que cualquier potestad administrativa se funde en la norma constitucional o legal que la crea.

En la determinación del verdadero significado y alcance del principio de legalidad va a resultar decisiva la aportación realizada por uno de los autores citados. En efecto, A. MERKL¹³, en su *Teoría General del Derecho Administrativo*, elabora el <<principio de juridicidad>>, en polémica con la

¹² J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, número 188, octubre-diciembre, 1.980, p. 187, realizan una exposición de las aportaciones doctrinales de los citados autores.

¹³ F. RUBIO LLORENTE, *El Principio de Legalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, septiembre-diciembre, 1.993, p. 14.

doctrina germánica que consideraba aún que la relación del Estado con el Derecho Administrativo era una relación histórica, contingente, no necesaria. Dicho autor, por el contrario, defiende que una Administración que actúa y existe al margen del Derecho es un imposible lógico. Afirma que el Derecho Administrativo no es *conditio sine qua non* para la existencia de la Administración, sino más precisamente *conditio per quam*. Esta conexión necesaria entre Derecho y Administración puede ser designada como <<principio de juridicidad>> y constituye una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable. Y la misma se puede realizar en un caso extremo mediante una única forma de competencia, por ejemplo, mediante una autorización para administrar de acuerdo con el interés general, que sirva de fundamento a todas las actuaciones administrativas.

El principio de legalidad, para A. MERKL, es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad, pues <<la ley no es más que una de las fuentes del Derecho, y la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada>>. El principio de legalidad constituye no una ley jurídico-teórica sino un postulado jurídico-político que requiere ser consagrado para tener existencia jurídico-positiva.

En nuestro Derecho, I. DE OTTO y E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁴ realizan una interpretación del principio de juridicidad que se aparta de la construcción originaria de A. MERKL. Así, entienden que para satisfacer dicho principio no

¹⁴ I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1.988 (7ª reimpresión, 1.999), pp. 157-160; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª edición, vol. I, Madrid, Cívitas, 1.983, p. 413; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 10, enero-abril, 1.984, citados por F. RUBIO LLORENTE, *El Principio de Legalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, septiembre-diciembre, 1.993, p. 14.

basta, como en la construcción originaria del autor alemán, una simple norma de atribución, ni siquiera, en la medida en que pueda considerarse como cosa distinta, una simple autorización. Lo que el principio de juridicidad combate es precisamente la atribución a la Administración de un poder para actuar sin normas; <<por eso de ese principio nace todo el Derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales>>. El principio de legalidad, por su parte, pone el énfasis en el sometimiento de la Administración a la Ley formal en cuanto “voluntad popular”.

En consecuencia, el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.1 CE constituye una especificación cualificada del principio más amplio de juridicidad que impone el sometimiento de la Administración pública al Derecho en su conjunto. El contenido de dicho principio cobra, por lo demás, en la actualidad un significado especial en la medida en que se califica a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable que forma parte del Ordenamiento jurídico. La vinculación de la Administración ya no se establece, por lo tanto, de manera preferente con la Ley sino con la Constitución y, posteriormente, con la Ley y el resto de las fuentes del Derecho. Y es por ello que la doctrina administrativista emplea para designar el segundo término de la relación Administración-Derecho, los términos <<bloque de constitucionalidad>> y <<bloque de legalidad>>.

La expresión <<bloque de constitucionalidad>>¹⁵ fue acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias de 12 de noviembre de 1.981, 18/1.992, de 4 de mayo, 25/1.981, de 7 abril y 71/1.983, de 29 de julio) y designa al conjunto de normas, especialmente protegido y resistente, que se considera como un parámetro que permite enjuiciar la constitucionalidad de las restantes normas del Ordenamiento jurídico. De esta forma quedan protegidas principalmente “las leyes que dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de éstas”, así como, “las materias reservadas a la Ley Orgánica” de acuerdo con el artículo 81 CE (artículo 28 LOTC).

No existe relación de jerarquía normativa entre los preceptos que integran el “bloque de constitucionalidad” y las restantes normas legales del Ordenamiento jurídico, por ello se introduce el expresado bloque como parámetro de la “apreciación de la conformidad o disconformidad con la Constitución”.

La expresión <<bloque de legalidad>>, o en su versión original <<bloque legal>>, por su parte, se debe como es sabido a M. HAURIOU¹⁶, quien define la <<legalidad>> de la siguiente manera: <<consiste esencialmente en la superioridad de la ley sobre todas las fuentes y, al mismo

¹⁵ J. S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, pp. 49-51.

¹⁶ M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, Paris, 1.914, p. 55 y nota 1 de la p. 55, citado por R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y Elaboración de Reglamentos Estatales y Autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, p. 28.

tiempo, en la sumisión de todos los individuos y de todas las instituciones sociales al conjunto de las reglas contenidas en el bloque legal>>, lo que se traduce en el sometimiento de la actuación administrativa al Ordenamiento jurídico globalmente considerado, incluyendo como parte del Ordenamiento los reglamentos. CH. EISENMMAN¹⁷, sin embargo, se muestra partidario de ceñir el alcance de la expresión bloque legal a aquél que escapa por completo de la disponibilidad de la Administración, quedando fuera de dicho concepto, en consecuencia, los reglamentos, libremente modificables o derogables por la propia Administración, y equiparados a estos efectos a los actos administrativos.

Pues bien, hechas tales reflexiones doctrinales, el autor del presente trabajo estima que, en nuestro Derecho, los reglamentos dictados por el Gobierno están sometidos, por razón del principio de legalidad, al denominado bloque legal y, además, como consecuencia del más genérico principio de juridicidad, al denominado bloque de constitucionalidad. La vinculación de los reglamentos con el Derecho es una vinculación positiva (*positive Bindung*) en cuanto sometimiento permanente al Ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁸. Dicho sometimiento no supone necesariamente, sin embargo, una actualización singular en cada caso por una ley de la atribución originaria de la potestad reglamentaria otorgada al Gobierno en el artículo 97 de la CE. El Ejecutivo actúa en todo caso sujeto a normas legales (competencia y

¹⁷ CH. EISENMANN, *Le Droit Administratif et le principe de légalité*, Conseil d'Etat. Etudes et Documents, Paris, 1.957, pp. 26 y 28-29, citado por R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y Elaboración de Reglamentos Estatales y Autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, p. 28.

¹⁸ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol.I*, Editorial Tecnos, 13ª edición, 2.002, p. 270, parte de una noción <<restringida>> de la vinculación positiva de la Administración pública a la Ley, y por ello llega a la conclusión de que, al ejercer la Administración la potestad reglamentaria *con poderes propios*, tiene una vinculación *negativa* con la Ley, en el sentido de que no precisa una habilitación singular en cada caso.

procedimiento¹⁹) y constitucionales. El Gobierno ejerce poderes propios cuando dicta reglamentos independientes, pero aún en dicho supuesto, se haya plenamente sometido a las leyes y al Derecho.

D. Técnicas de relación entre la Ley y el reglamento.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA²⁰ expone como la relación entre la Ley y el reglamento se rige en nuestro Derecho por el juego combinado de los tres siguientes principios: las materias reservadas a la ley (entendida como reserva material), el ámbito del poder reglamentario general (o no necesitado de habilitaciones legales específicas) y, el principio de congelación de rango por virtud del *contrarius actus*, necesario para innovar una regulación existente. Pues bien, según éste último principio, para dictar una norma nueva será preciso que la misma tenga por lo menos un rango igual al de la norma o normas por aquélla innovadas. Y es dicho principio, el que en la práctica viene a resumir todo el problema, puesto que desde el mismo pueden explicarse también los otros dos: la potestad normativa de la Administración encuentra su límite en las regulaciones existentes con rango de ley. La delegación puede suponer, respectivamente a esos tres principios de relación, una apertura al reglamento de materias reservadas a la ley, una extensión de la potestad reglamentaria más allá de su ámbito ordinario o bien, finalmente, romper el

¹⁹ R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y Elaboración de Reglamentos Estatales y Autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, p. 28, habla de las leyes regulan la competencia y el procedimiento como <<bloque de legalidad formal>> y afirma que con respecto al mismo no existen reglamentos realmente independientes.

²⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 160-214.

principio de congelación de rango permitiendo que por un *contrarius actus* reglamentario se innove una regulación anterior formulada con rango de ley.

La relación de la Ley con el reglamento se pone de manifiesto a través de la técnica de la delegación legislativa que implica, según el citado autor, lo que la doctrina alemana denomina <<*Ermächtigung*>> que supone un apoderamiento singular referido a un tema y materias concretos entendido como la atribución a la Administración de una competencia normativa nueva, distinta de la general y ordinaria. La Administración actúa con un poder propio y distinto del que corresponde al legislador delegante, dando lugar, por ello, a la aprobación de simples reglamentos.

Frente a dicho modo de delegación legislativa, existe también la denominada delegación recepticia que somete a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley. En realidad dicha técnica legislativa se diferencia de la anterior únicamente en la adición de una autorización expresa de las Cortes para atribuir a la norma dictada por el Gobierno el rango de ley.

Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, las fórmulas de delegación legislativa existentes en nuestro Derecho, al margen de la delegación recepticia, y que habilitan por lo tanto al Gobierno únicamente para la aprobación de reglamentos son las siguientes:

1) La <<autorización>> para regular materias de la competencia exclusiva de las Cortes. Se produce, por consiguiente, en aquellos ámbitos en los que existe una reserva de ley establecida por la Constitución.

2) La <<remisión>>, según la cual, una ley remite la determinación de ciertos elementos normativos que completan la ordenación que la propia ley delegante establece a una normación ulterior que ha de elaborar la Administración, aunque sin asumir como propio su contenido. El ejemplo más significativo de remisión normativa es el de los reglamentos generales para la ejecución de la ley en los cuales se acepta *ab initio* cualquier contenido de la norma reglamentaria por lo que únicamente podrá tipificarse como *ultravires* el supuesto en que la norma remitida exceda del marco sistemático de la remisión.

Esta técnica de remisión de la Ley a favor de una determinación normativa de la Administración puede realizarse de dos modos:

1.- O bien la ley enuncia unos principios de regulación y remite al reglamento su desarrollo completo.

2.- O bien, en el momento en que la ley regula una determinada materia dispone que algunos de los puntos de la misma se ordenen reglamentariamente, remitiendo, pues, en cuanto a ellos, a una regulación secundaria.

Pues bien, en ambos casos, se produce un fenómeno de autolimitación de la norma remitente que renuncia a regular la materia en su totalidad y llama para concluir esa regulación a otra norma a la que entrega la disponibilidad necesaria para ello.

El fenómeno de la remisión, al no implicar la recepción por la ley remitente del contenido de la norma reglamentaria que se dicte y mantener entre una y otra su perfecta sustantividad, no implica para la norma remitida un cambio de su rango propio y originario. De la remisión no surgen, pues, sino simples reglamentos.

3) La deslegalización que expongo a continuación en un apartado específico.

F. GARRIDO FALLA²¹, por su parte, entiende que la explicación del fundamento jurídico de la potestad reglamentaria se encuentra en la denominada teoría <<de los poderes propios>> defendida por autores como M. HAURIUO, S. ROMANO o R. GNEIST que coinciden en afirmar que la potestad reglamentaria supone de suyo el ejercicio de poderes propios por la Administración pública. Además ha de considerarse que, como afirma S. ROMANO, las potestades se presentan en un plano genérico y tienen su origen en una atribución del Ordenamiento jurídico. Pues bien, la Constitución

²¹ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 271-272, 277-279 y 522. En esta última página, el autor cita a S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, pp. 173 y 174, y *Corso di Diritto amministrativo*, 3ª ed., 1.937, p. 139 y ss.

Española al atribuir al Gobierno genéricamente el ejercicio de la potestad reglamentaria en su artículo 97 adopta decididamente la teoría indicada. La referida atribución originaria de la potestad administrativa permite precisamente que el Ejecutivo pueda dictar disposiciones reglamentarias sin necesidad de una expresa habilitación legislativa, aunque respetando siempre los límites inherentes al ejercicio de dicha potestad. Y entre estos límites destaca, precisamente, el de no modificar ni derogar el contenido de normas con fuerza de ley.

En relación con las materias reservadas a la Ley, ha de destacarse, además, según dicho autor, que la potestad reglamentaria no se presume por lo que para dictar en tales ámbitos reglamentos ejecutivos el Gobierno deberá contar en todo caso con una autorización legal previa.

Quien redacta estas líneas entiende que en las dos teorías doctrinales expuestas sobre la relación entre la ley y el reglamento y el fundamento de la potestad reglamentaria en nuestro Derecho (directamente aplicables a los Reales Decretos reglamentarios del Consejo de Ministros), queda clara la sumisión plena de la norma reglamentaria del Gobierno a la Ley si bien se diferencian al explicar cual sea el fundamento de dicha potestad. Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA el ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra supeditado, salvo en los casos residuales que admite de reglamentos independientes, a la atribución por el Parlamento de una delegación legislativa a favor del Ejecutivo mientras que para F. GARRIDO FALLA radica en todo caso en los poderes propios del Gobierno para dictar reglamentos asumidos en virtud del texto constitucional. Para este autor, no obstante, el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Ejecutivo precisa de una autorización previa en

los supuestos de reserva material o formal de ley. Las diferencias de fondo de ambas teorías, con ser sustanciales, entiendo que, sin embargo, imponen un mismo régimen de funcionamiento de la potestad reglamentaria del Gobierno al dictar los Reales Decretos que se adapta perfectamente a la letra y al espíritu del texto constitucional.

E. Precisiones doctrinales en relación con la técnica de relación entre la Ley y el reglamento.

El Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 33/1.981 de 5 de noviembre, 18/1.982 de 4 de mayo y 35/1.982 de 14 de junio, mantiene que los términos <<legislación>> y <<ejecución>> que emplea el artículo 149 CE en la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no deben ser considerados como sinónimos de <<norma con fuerza de ley>> y <<reglamento>>. Y ello precisamente en atención a las técnicas legislativas existentes que habilitan a la Administración para dictar normas de colaboración con la ley incluso en ámbitos reservados a la misma. La última de las citadas (Ponente: F. RUBIO LLORENTE) en su F.J. 2 declara:

“La determinación de los conceptos de «legislación» y «ejecución» en materia laboral que la Constitución y el Estatuto Vasco, entre otros, utilizan para delimitar las competencias respectivas del Estado y de la Comunidad Autónoma, fue abordada ya por este Tribunal en sus sentencias de 5 de noviembre de 1981 (CC. 197/81, «Boletín Oficial del Estado» número 277, de 19 de noviembre de 1981) y, sobre todo, de 4 de mayo de 1982 (CC. C. 220 y 230/1981, «Boletín Oficial del Estado» número 118, de 18 de mayo de 1982).

Como en esta última se señala, «la distinción entre ley y reglamento acentúa sus perfiles en el terreno de la eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia, que es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral, pues desde esta perspectiva, si no siempre, es evidente que en muchas ocasiones, aparecen en íntima colaboración la ley y el reglamento, dependiendo del ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos, de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concedida para su desarrollo parlamentario».

Por consiguiente, los Reales Decretos reglamentarios podrán participar con la Ley en aquellas materias cuya <<legislación>> ha sido reservada por la Constitución al Estado (v.gr., la materia laboral y la propiedad intelectual o industrial, artículo 149.1.7ª y 9ª CE) en virtud del carácter de complemento indispensable que tiene este instrumento normativo para la regulación unitaria de una materia.

Finalmente, cabe destacar, en el presente apartado, la íntima relación existente entre la regulación contenida en las leyes que constituyen la cabecera de un grupo normativo y el contenido material concreto que se les exige a los Reales Decretos reglamentarios que las desarrollan, de modo que el contenido de éstos ha de guardar una coherencia interna en cuanto a las materias que tratan y ha de ir referido a un solo grupo normativo. Así, el Consejo de Estado viene indicando reiteradamente que la seguridad jurídica y la buena técnica normativa aconsejan, por una parte, simplificar y agrupar en una sola las regulaciones anteriores relativas a una misma materia (v.gr., Dictamen 3.877/96, Sección 5ª, 13 de marzo de 1.997, Consideración 4ª, Rec. 24, que

cita a su vez el Dictamen 1.652/95) y, por otra, no incluir en un solo reglamento regulaciones que afectan a cuestiones dispares y traen causa de leyes heterogéneas (v.gr. Dictamen 2.104/97, Sección 5ª, 14 de mayo de 1.997, Consideración 6ª, Rec. 25; y Dictamen 1.446/99, Sección 5ª, 1 de julio de 1.999, Consideración 4ª, Rec. 20).

2.- LA RESERVA DE LEY Y EL DESARROLLO DEL ORDENAMIENTO POR EL GOBIERNO.

A.- Definición y origen histórico de la reserva de ley.

La reserva de ley puede ser definida como aquel ámbito material respecto del cual la Constitución exige una ley previa para la actuación de la potestad reglamentaria. La norma fundamental ha entendido que es necesario contar con una norma con fuerza de ley antes de proceder a dictar el reglamento, de forma que tan sólo la Ley permitirá el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En este punto, F. RUBIO LLORENTE²² recuerda que la noción de reserva de ley tiene un origen germánico y se perfila dentro de la estructura político-constitucional existente en la Alemania unificada hasta la Constitución de Weimar de 1.919. Durante la vigencia del II Reich, sustentado sobre el principio monárquico, el titular originario de la soberanía era el Monarca (a quien correspondía la sanción de la ley) y las Asambleas constituían simples órganos de limitación de este poder originario. Pues bien, el ámbito

²² F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley (sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)*, Revista de Administración Pública, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, p. 423 y ss. Destaca dicho autor como O. MAYER a finales del siglo XIX acuña el término de reserva de ley para designar el ámbito competencial propio de las Asambleas, dentro del cual el Monarca no puede actuar sin su colaboración.

competencial de la Asamblea es el ámbito de la reserva de ley que es el constituido por la ley en sentido material (es decir aquella que regula las relaciones entre dos personas distintas, y que, por lo tanto, trata de la propiedad y la libertad).

En la Francia del siglo XIX, por el contrario, donde la Constitución se fundamenta en el principio de legitimidad democrática, la teoría dualista de la Ley (ley en sentido material y formal) y con ella la teoría de la vinculación negativa de la Administración fueron consideradas inaceptables e inútiles. R. CARRÉ DE MARLBERG dirá que en Francia no cabe hablar propiamente de reserva de ley porque la Ley, al ser expresión de la voluntad popular, titular único de la soberanía, es la única vía para producir Derecho nuevo. La potestad reglamentaria se da sólo en el sistema constitucional para la ejecución de las leyes y, en consecuencia, no hay propiamente una <<reserva de ley>>, porque sólo la ley crea Derecho²³.

Esta condenación genérica de la concepción dualista de la Ley y de la noción misma de la reserva de ley ignora, sin embargo, el significado profundo de ésta última: la necesidad de acotar un ámbito material reservado a la Ley y sustraído, por lo tanto, incluso frente a la voluntad del propio legislador, a la potestad reglamentaria.

²³ F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley (sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)*, Revista de Administración Pública, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, p. 429, advierte que en los cuarenta años que van desde la Constitución de Weimar a la Constitución de la Quinta República (1.919-1.958) se produjo una curiosa inversión de las situaciones constitucionales en Alemania y Francia. Así en Alemania se produjo el abandono de la teoría dualista y la vinculación negativa de la Administración y en Francia se configuró un ámbito autónomo para la potestad reglamentaria del Gobierno, recluyendo a la ley en un espacio más limitado que el que correspondía a la noción de ley material.

B.- La reserva de ley en la Constitución Española de 1.978.

La Constitución Española de 1.978 establece un número muy elevado de materias reservadas a la ley, o lo que es lo mismo, un núcleo de materias sobre las que la Administración no puede intervenir sin la existencia previa de una ley. Pero nada impide al legislador abarcar cualquier materia: hay pues una prohibición de ámbitos autónomos reservados al reglamento.

M. BAENA DEL ALCÁZAR²⁴, por su parte, define la reserva de ley a partir de la formulación de O. MAYER afirmando que dicho concepto conlleva en sí mismo una doble idea, o si se quiere, una doble perspectiva:

1) Desde un punto de vista político, implica una afirmación de la competencia exclusiva del titular de la potestad legislativa para regular la materia, por la doble razón de que se trata del poder supremo y de que sólo él, por el hecho de serlo, puede regular ciertos derechos de los ciudadanos, singularmente la libertad y la propiedad, al menos en el planteamiento clásico.

2) De otra parte, la reserva de ley conlleva la prohibición de que se dicten sobre la materia reglamentos independientes, constituyendo así un límite a la potestad reglamentaria del Gobierno y en su caso de la Administración pública.

²⁴ M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria en la Nueva Constitución Española*, <<La Constitución Española y las Fuentes del Derecho>>, Volumen I (Presentación: J.L. Gómez Dégano y Cevallos-Zúñiga, Director General de lo Contencioso del Estado), Instituto de Estudios Fiscales, 1.979, pp. 286 y 288-289.

En cuanto a cuál sea el fundamento constitucional de la reserva parlamentaria cabe formular los siguientes argumentos de orden jurídico y político²⁵:

1) La necesidad de reservar al Parlamento como único órgano de legitimación democrática directa todas aquellas decisiones esenciales y políticamente importantes, y en especial, las que trazan las líneas básicas y las directrices de orden estatal y social.

2) La necesidad de que en un Estado de Derecho sean regulados por el legislador todos los ámbitos de la libertad conectados con los derechos fundamentales.

3) La garantía que representa para el contenido de la norma el procedimiento de elaboración parlamentario en el que participan los representantes elegidos por el pueblo tanto de la mayoría gubernamental como de la oposición.

4) La conveniencia de respetar una cierta proporcionalidad o equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el ámbito de la producción normativa.

Por otra parte, de acuerdo con J.M. BAÑO LEÓN²⁶, cabe señalar que la Constitución de 1.978 contiene dos importantes avances en materia de reserva de ley:

²⁵ F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley (sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)*, Revista de Administración Pública, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, p. 430; J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 92-98.

1) La Constitución consolida no sólo las materias que tradicionalmente se habían reservado al legislador sino que las amplía en el sentido en que se había pronunciado con anterioridad la mayoría de la doctrina. Así, v.gr., el artículo 25 CE amplía el tradicional principio de legalidad penal a las sanciones administrativas.

2) La Constitución instauro por vez primera entre nosotros una vigencia positiva de la reserva, no ya referida a la primacía de la ley sino a la necesidad de que sea la Ley, y no el reglamento, la que regule determinados aspectos de la reserva²⁷.

Asimismo, el citado autor destaca los siguientes rasgos de las reservas de ley previstas en la Constitución, según deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia:

1) Se admite la colaboración del poder reglamentario (principalmente del Gobierno) siempre que la habilitación concedida por la ley no le sitúe de hecho en una situación semejante a la del legislador (la regulación ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante).

²⁶ J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 87.

²⁷ La relación de materias contenidas en las Leyes Fundamentales atribuidas y/o atribuibles a las Cortes no sirve como precedente a este respecto pues la competencia de las Cortes cedía ante el uso por el Jefe del Estado de denominada <<legislación de prerrogativa>>. Vid a este respecto, M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria en la Nueva Constitución Española*, <<La Constitución Española y las Fuentes del Derecho>>, Volumen I (Presentación: J.L. Gómez Dégano y Cevallos-Zúñiga, Director General de lo Contencioso del Estado), Instituto de Estudios Fiscales, 1.979, pp. 295-296.

2) La reserva de ley no sólo implica la necesidad de una ley sino también de que ésta tenga un mínimo contenido material. Lo que en última instancia lleva a prohibir al legislador las denominadas <<remisiones en blanco>> al reglamento.

3) No son viables tampoco las remisiones que supongan auténticas <<deslegalizaciones>>. La reserva de una materia a la ley se infringiría si se pretendiese cumplir con una ley de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango, ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia que se trate a los reglamentos (precisamente a los aprobados por Real Decreto).

Por otra parte, la generalidad de la doctrina (J. DE LA CRUZ FERRER, J.M. TORNOS MAS, J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, y J.M. BAÑO LEÓN²⁸), se ha pronunciado mayoritariamente a favor del establecimiento de la denominada “escala de reserva legal” que supone una modulación del alcance de la reserva de ley según la materia a regular por la Administración²⁹. Así, si se trata de incidir en un derecho fundamental o en una posición de

²⁸ J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la Discrecionalidad en la Potestad Reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 116, mayo-agosto, 1.988, p. 81; J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa*, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, p. 471 y ss.; J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 105 a 157; J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1.992, pp. 112-116.

²⁹ T.R. FERNÁNDEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992, p. 34, afirma que en Alemania al compás de ciertas decisiones del Tribunal Constitucional se ha ido fraguando la llamada *wessenlichkeittheorie*, según la cual la Ley debe ser quien tome las decisiones esenciales. Pues bien, de acuerdo con Th. OPPERMAN, <<Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?, *Verhandlungen des 51 DJT*, vol. I, München, 1976, C. 49 citado por J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 55, el Tribunal Constitucional alemán ha terminado interpretando que dicha expresión impone el desarrollo por el legislador del <<contenido esencial para la realización de los derechos fundamentales>>.

libertad, la Ley debe extenderse en su contenido. Por el contrario, cuando se regule un derecho colectivo, un principio rector de la política económica y social o una intervención ordenadora de la economía, aunque se mantenga la reserva legal, la remisión puede ser más amplia, si bien la Ley debe fijar el fin a alcanzar, el procedimiento, la organización y los criterios básicos de la actuación administrativa, dejando al reglamento su concreta articulación.

La reserva de ley establecida por la Constitución española, por consiguiente, entiendo que implica no sólo la primacía de la Ley en relación con una determinada materia sino la exigencia de su formulación por el legislador que ha de regular materialmente un determinado ámbito normativo. No son admisibles, por lo tanto, las habilitaciones en blanco o las deslegalizaciones en relación con las materias reservadas. Pero, al mismo tiempo, a tenor de la doctrina mayoritaria citada, ha admitirse una colaboración del reglamento (y, por lo tanto, de las normas aprobadas mediante Real Decreto) dentro de los ámbitos reservados a la Ley que excluye, al menos con carácter general en nuestro Ordenamiento jurídico, la idea de una <<reserva legal absoluta>> que impida toda posibilidad de auxilio reglamentario del Gobierno y la Administración siquiera en los aspectos más técnicos y accesorios. Un supuesto límite, sin embargo, lo constituyen determinados derechos fundamentales en los que la configuración constitucional es muy amplia y que, por lo tanto, dejan poco margen a la regulación de desarrollo (artículos 21 y 22 CE).

C.- Examen de la doctrina científica sobre las reservas legales de los Capítulos II y III del Título I de la Constitución: los derechos fundamentales, las libertades públicas y los principios rectores de la política económica y social.

Dada la trascendencia de los derechos y deberes fundamentales para el conjunto del Ordenamiento jurídico, voy a realizar un examen general de las principales posiciones existentes en la doctrina científica en relación con las reservas de ley establecidas en los Capítulos II y III del Título I de la Constitución para, en los apartados siguientes, limitarme a exponer la opinión de la jurisprudencia investigada sobre las diversas reservas legales consagradas en el texto constitucional.

En relación con las reservas legales reguladas en el Capítulo II del Título I de la Constitución, el artículo 53.1 CE establece que <<los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2º del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)>>, es decir, mediante el recurso de inconstitucionalidad.

Pues bien, respecto de dicho precepto, F. GARRIDO FALLA³⁰ afirma que puesto que los derechos y libertades que se contienen en la Sección Primera

³⁰ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 236- 238. El citado autor destaca la doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras en la STC 127/1.994 de 5 de mayo, según la cual, la reserva de Ley Orgánica ha de ser interpretada en sentido restrictivo por lo que sería inconstitucional una Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a Ley ordinaria.

del referido Capítulo II están reservados a la Ley Orgánica (art. 81.1 CE), la reserva de Ley ordinaria que, en términos generales, se establece en el citado precepto de la Constitución comprende los derechos y libertades de la Sección 2ª (arts. 30 a 38, ambos inclusive). Por consiguiente, a modo de ejemplo, son materias reservadas a la Ley ordinaria: las obligaciones militares (art. 30.2) y fiscales (art. 31), la regulación de las normas del matrimonio y su disolución (art. 32.2), la expropiación forzosa (art. 33.3), los colegios profesionales (art. 36) o la libertad de empresa (art. 38).

Un planteamiento distinto, mediante la consideración de otros presupuestos adicionales, se observa en E. GARCÍA DE ENTERRÍA³¹ quien, en relación con el tema, formula las siguientes proposiciones: 1º Todos los derechos y libertades proclamados como fundamentales vinculan de forma absoluta a la Administración como poder público. 2º De acuerdo con el artículo 81.1 CE, el <<desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas>> habrá de hacerse por Ley Orgánica. 3º Distinto del <<desarrollo directo>> de los derechos fundamentales, es la regulación que incide sobre <<el ejercicio de tales derechos y libertades>> que es lo que, además, el artículo 53.1 CE reserva a la Ley ordinaria (<<sólo por ley>>). 4º Tanto la Ley Orgánica general como la ley específica que de algún modo afecte al ejercicio de los derechos fundamentales deberá respetar su <<contenido esencial>> ya que el Legislativo se encuentra vinculado a la regulación constitucional (artículo 53.1 CE). 5º La reserva de ley alcanza a la libertad en sentido amplio (y no sólo a los <<derechos fundamentales y las libertades públicas>>) y a la propiedad lo que se concreta en las específicas

³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 246 y 247.

reservas de ley de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I en los artículos 33.2 (propiedad privada y herencia), 28 (libertad de empresa) y 33.1 (materia tributaria, reiterada en el artículo 133.1).

J.M. BAÑO LEÓN³², por su parte, interpretando la expresión <<sólo por ley>> del artículo 53.1 CE, destaca que, cuando una ley desarrolla directamente un derecho fundamental, el ámbito que puede remitir al reglamento es muy escaso y a veces nulo. En este supuesto es terminante la resolución de la Constitución de imponer una decisión al legislador. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, a mayor definición constitucional del contenido, menor posibilidad de intervención en la remisión normativa. Así, hay derechos, como los de libertad de reunión y asociación, en los que incluso el legislador tiene una libertad reducida en orden a su desarrollo.

De las opiniones doctrinales citadas y del examen detenido del texto constitucional entiendo que puede extraerse un cuadro general de la reserva de ley prevista en la Constitución. Dicho esquema permite apreciar, en buena medida, el alcance material del Real Decreto reglamentario ya que la enunciación de las distintas reservas legales constituye el punto de partida para delimitar en cada caso los ámbitos de colaboración de la potestad reglamentaria del Gobierno en la tarea normativa. En concreto, las reservas legales establecidas en la Constitución pueden sistematizarse del siguiente modo:

1) En relación con las materias comprendidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

³² J. M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 106-108.

- a) El <<desarrollo directo de los derechos fundamentales y las libertades públicas>> de la Sección 1ª del Capítulo II CE habrá de hacerse por Ley Orgánica por imperativo del artículo 81.1 CE.
- b) La regulación que incide sobre <<el ejercicio de tales derechos y libertades>> se encuentra reservada a la ley ordinaria de acuerdo con el artículo 53.1 CE (<<sólo por ley>>).
- c) Los derechos y deberes de los ciudadanos regulados en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I se encuentran igualmente reservados a ley ordinaria de conformidad con el ya citado artículo 53.1 CE (<<sólo por ley>>).
- d) Respecto de los denominados <<principios rectores de la política económica y social>> del Capítulo III del Título I conviene recordar que el artículo 53.3 CE establece que <<el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen>>.

Pues bien, en relación con tales principios rectores, la doctrina afirma que se encuentran sometidos a una reserva legal <<impropia>> o <<relativa>> en el sentido de que existe una preferencia o llamada a la Ley para que proceda a normar tales materias. El contenido de tal reserva no impone, sin embargo, una regulación material sino que se limita a la organización, el

procedimiento y los fines a alcanzar por el Ejecutivo³³. F. GARRIDO FALLA³⁴ entiende que la mayoría de los correspondientes preceptos constitucionales (artículos 39 a 52 CE) contienen <<normas de acción>> que obligan a los poderes públicos, especialmente al Legislativo y al Ejecutivo, aunque el artículo 53.3 habla también, con discutible fortuna de la práctica judicial.

El carácter impropio de la reserva del artículo 53.3 CE fundamentaría, además, el hecho de que toda la normativa reglamentaria previa a la Constitución que había regulado materias comprendidas dentro del ámbito propio de los principios rectores de la política económica y social (buena parte de la cual tenía el rango de Decreto), continuara siendo plenamente vigente, incluso en supuestos de ausencia de una norma legal sobre la materia, en la medida en que no incurría en inconstitucionalidad sobrevenida por contradicción con los principios constitucionales. Sin embargo, tal planteamiento no resulta necesario teniendo en cuenta la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, según la cual, no es posible exigir la reserva de ley instaurada en la Constitución de manera retroactiva en materias donde antes no existía, como expongo más adelante.

Finalmente, en relación con el articulado del Capítulo III del Título I, he de destacar la inclusión dentro del mismo de concretas reservas de ley ordinaria. Así, por ejemplo (como se deduce de la jurisprudencia analizada en el epígrafe E) del presente apartado), el artículo 43.2 CE impone que se regulen por Ley los derechos y deberes de los ciudadanos en materia de salud.

³³ J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el reglamento, reserva legal y remisión normativa, algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, Revista de Administración Pública, números 100-102, Vol. I, enero-diciembre, 1.983, pp. 478-479.

³⁴ F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.001, p. 986.

2.- En relación con materias distintas de las establecidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

a) El artículo 81.1 CE establece que se encuentran reservadas a Ley Orgánica la aprobación de los Estatutos de Autonomía, el régimen electoral general y las demás materias previstas en la Constitución con tal carácter.

b) Existen a lo largo del articulado de la Constitución concretas reservas de ley ordinaria. Así, v.gr., puedo citar el estatuto de los funcionarios públicos y las demás materias relacionadas con la función pública previstas en el artículo 103.3 CE, y cuestiones de máximo interés económico y financiero como la reserva al sector público de los recursos esenciales (artículo 128.2 CE), la planificación de la actividad económica general (artículo 131.1 CE), el ejercicio de la potestad tributaria (artículo 133.1 CE) o la aprobación del presupuesto (artículo 134.1 CE).

Finalmente, he de destacar, aunque exceda propiamente del objeto de estudio de la presente tesis doctoral, que la reserva de ley ordinaria de los derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I así como del resto de las materias establecidas en la Constitución también alcanza a los respectivos Parlamentos de cada una de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la potestad legislativa asumida en virtud de su respectivo Estatuto.

D.- Las reservas de Ley Orgánica establecidas por la Constitución según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo objeto de la presente investigación.

El Tribunal Constitucional destaca, con carácter general, que la relación existente entre la Ley y el reglamento no se ha alterado por la introducción de la categoría de Ley Orgánica en el Ordenamiento constitucional. Asimismo, mantiene que no toda remisión de la Ley Orgánica al reglamento es constitucionalmente legítima sino que la misma ha de ser indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 101/1.991 de 13 de mayo (Ponente: E. DIAZ EIMIL) que en su F.J 3 declara :

“La solución afirmativa de la anterior cuestión nos conduce a la segunda de las enunciadas: determinar si el párrafo segundo de la citada Disposición es o no inconstitucional por permitir al reglamento entrar en terreno reservado a la Ley orgánica, cuestión esta que requiere una clarificación previa de las relaciones entre Ley orgánica y Reglamento sobre las que este Tribunal ya se ha pronunciado.

De un lado, la introducción en nuestro ordenamiento constitucional de la categoría de Ley orgánica, a la cual se reserva la regulación de determinadas materias, no altera las relaciones tradicionalmente establecidas entre la Ley y el Reglamento. En palabras de la STC 77/1985 «las peculiaridades de la Ley orgánica -en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación- en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo», siendo,

por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que «no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias». De acuerdo con ello, no cabe duda de que el párrafo segundo de la Disposición adicional tercera de la LOLS no es inconstitucional por el solo hecho de que permita al Reglamento ocuparse de materia reservada a Ley orgánica.

De otro lado, lo expuesto no supone que la remisión a la regulación reglamentaria de materia reservada a Ley orgánica sea, en todo caso, constitucionalmente legítima, abstracción hecha de los términos en que se realice, puesto que, muy al contrario, es preciso que la delegación se formule en condiciones que no contraríen materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, «ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley».”

Por lo tanto, la remisión de la Ley Orgánica al reglamento del Gobierno, siempre que se cumplan los criterios señalados –que la remisión o habilitación legal se formule en condiciones tales que no contraríen materialmente la finalidad de la citada reserva de Ley Orgánica-, será en muchos casos obligada y necesaria, ya que no hay ley que pueda regular todos los problemas imaginables, muchos de los cuales pueden obtener una solución particular y derivada en las normas reglamentarias.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo, por su parte, destaca respecto de la reserva de Ley Orgánica establecida en el artículo 81.1 CE, en relación con el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que <<dicho desarrollo>> ha de quedar circunscrito al contenido esencial de los derechos fundamentales de que se trate. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 1 de octubre de 1.997 (Ar. 7.789. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) afirma [F.J. 4º]:

“Proclama el artículo 81.1 de la Constitución que son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. Este precepto plantea la siguiente cuestión: qué debe entenderse por **desarrollo de los derechos fundamentales**. De acuerdo con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, debe darse a dicha expresión una interpretación restringida: quiere decirse que el desarrollo de la Constitución Española, mediante Ley Orgánica, ha de quedar circunscrito al contenido esencial del derecho fundamental de que se trate: de ahí que la realidad legislativa nos muestre leyes orgánicas en las que se contengan preceptos referidos a materia no reservada a la Ley Orgánica, de lo que es ejemplo la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria.”

En consecuencia, de la jurisprudencia citada se deduce, en relación con las materias reservadas a Ley Orgánica por la Constitución (artículo 81.1 CE), dos conclusiones fundamentales:

1) Existe una especial restricción del ejercicio del poder reglamentario por el Gobierno en materias reservadas a Ley Orgánica. El mismo queda

limitado a lo que sea un complemento indispensable de la regulación legal por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley.

2) En relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas reguladas en la Sección 1ª del Capítulo II de la Constitución, el contenido de la Ley Orgánica respectiva ha de quedar circunscrito al contenido esencial del derecho fundamental de que se trate. Y ello porque, la regulación que incide sobre <<el ejercicio de tales derechos y libertades>> se encuentra, además, reservado a la ley ordinaria como indica el artículo 53.1 CE al emplear la expresión <<sólo por ley>>.

Y en último término, de lo anterior se deduce que el ámbito material atribuible al Real Decreto reglamentario en relación con tales derechos y libertades sea de carácter residual.

E.- Las reservas de ley ordinaria establecidas en la Constitución según la doctrina analizada del Tribunal Constitucional y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

a.- Fundamento y alcance de la reserva de ley.

El principio de reserva material de ley prohíbe que la Administración regule materias reservadas al Poder Legislativo de acuerdo con el artículo 9.3 CE, 51 y 62.2 LRJAPYAC, según declara el F.J. 2 de la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1.994 (Ar. 5.248. Ponente: E. ESCUSOL BARRA).

Respecto de cuál sea el fundamento de la reserva de ley, el voto particular de la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.997 (Ar. 6.093. Autor: O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ y al que se adhirieron F. CID FONTÁN y S. MENÉNDEZ PÉREZ) afirma en su F.J. 1º:

“Al ser la libertad uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.º CE), y corresponder a los poderes públicos promover las condiciones para que sea real y efectiva (art. 9.º CE), cualquier restricción que a ella se haga reviste carácter excepcional, lo que comporta, entre otras consecuencias -temporalidad, territorialidad, motivación, etc.-, que no exista desproporción entre el fin que se persigue y los medios establecidos para alcanzarlos y que tenga un apoyo normativo expreso, que habilite a la Administración para imponerla. Tanto la adecuación en el binomio fin/medio, como el basamento normativo previo, impedirán que la medida restrictiva de la libertad se convierta en arbitraria. Como se señaló en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 julio 1984, «El principio general de libertad que la Constitución consagra (art. 1.º.1) autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíbe, o cuyo ejercicio no subordine a requisito o condiciones determinadas, y el principio de legalidad impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal».

La conjunción de ambas consecuencias conducen de forma directa al **principio de Reserva de Ley**. En efecto, la Sentencia Constitucional 185/1995, de 14 diciembre, lo expresa de manera muy gráfica. «La Reserva de Ley -dice- se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano». De la misma sentencia puede extraerse que, en el Estado social y democrático de derecho, las imposiciones del poder ejecutivo deben contar con la voluntaria aceptación de los ciudadanos a través de sus representantes parlamentarios.

El principio de Reserva de Ley, no excluye, sin embargo, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Ello, en palabras del Tribunal Constitucional -Sentencia de 24 julio 1984- produciría «una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».”

La reserva de ley, por lo tanto, se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano. Así la necesaria regulación de una materia a través de una norma con fuerza de ley coadyuva a que la libertad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas (artículos 1 y 9.1 CE). La eficacia de dicho principio no excluye, sin embargo, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones permitan una regulación autónoma o no claramente sujeta a la regulación legal vigente en la materia reservada.

En cuanto al alcance de la reserva de ley, la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.997 (Ar. 7.789. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), en su F.J. 4º, declara que:

“Como se ha dicho por esta Sala en reiteradas ocasiones, el reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene valor subordinado a la ley, a la que complementa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la *normación básica de las cuestiones fundamentales* (reserva de ley) que siempre corresponde a la ley, y

aquellas normas secundarias pero necesarias para completar el ordenamiento jurídico: el reglamento ejecutivo o «*secundum lege*»; el reglamento independiente o «*preter legem*» o «*extra legem*», y, en su caso, el reglamento de necesidad o *contra legem*. La potestad reglamentaria es, pues, un poder jurídico que ejercitado por la Administración supone la participación de ésta en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo.”

La reserva de ley no supone, pues, que ésta deba agotar la regulación sobre la materia sino sólo su contenido esencial lo que deja al reglamento ejecutivo aprobado por Real Decreto un ámbito material suficiente para que aporte un cierto contenido innovador. Dicha conclusión se predica también en el F.J. 1º de la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1.992 (Ar. 926. Ponente: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS) si bien, ya con anterioridad, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 39/1.982 de 30 de junio (Ponente: J. AROZAMENA SIERRA) había declarado, en su F.J. 11º, que el reglamento completa o pormenoriza el texto de las leyes, siendo posible <<lo innovativo>>, pues innovar es también desarrollo de las normas anteriores.

Finalmente cabe destacar en este apartado que, como señalan reiteradas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (treinta y cinco en total), la última de las cuales es la de 7 de octubre de 1.992 (Ar. 8.461. Ponente: J.L. MARTÍN HERRERO, Sección 2ª, F.J. 3º), así como la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC 11/1.981, 15/1.981 y 42/1.987), <<no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones

reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución>>.

b.- Supuestos concretos de desarrollos reglamentarios realizados por el Gobierno de la Nación en relación con las distintas reservas de ley establecidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

a’.- La reserva de ley del artículo 25 CE.

En relación con el alcance de la reserva de ley en materia penal, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 23 de enero de 1.998 (Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), en su F.J. 4º declara:

“En segundo lugar, se sostiene que el Real Decreto viola el principio de reserva de ley penal, al desarrollar por vía reglamentaria un precepto del Código, el 417 bis, condicionando, ampliando su contenido. A este respecto debe recordarse que el principio invocado exige que la descripción de la acción u omisión punible y la fijación de las correspondientes penas esté reservada a la intervención previa y casi excluyente del legislador -incluso, en el ámbito penal con el carácter de ley orgánica si se señalan penas privativas de libertad (STC 140/1986, de 11 noviembre). Consecuentemente, la reserva penal es una reserva de ley absoluta, pero referida a la tipificación y a la determinación de la pena, que no excluye, sin embargo, una posible colaboración del reglamento en otros elementos accesorios o distintos aunque estén relacionados con el delito. Incluso, en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (también en la doctrina de los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno jurídico) y en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo se admite y se considera casi inevitable la remisión al reglamento para completar supuestos de hecho tipificados en la norma legal respecto de determinados ilícitos penales. En ellos la norma legal penal configura el contenido del desvalor en que se traduce la antijuridicidad típica y se remite al reglamento la correspondiente regulación

técnica detallada que integra necesariamente la correspondiente conducta descrita en la ley, y de la que difícilmente se puede prescindir si no es a costa de la propia seguridad jurídica. Pero es que, con independencia de la validez constitucional de estas remisiones normativas admitidas por el Tribunal Constitucional y por este mismo Tribunal -siempre que: el reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley, además de la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la garantía de certeza (SSTC 62/1982, 82/1984, 122/1987 y 111/1993; SSTs 25 octubre 1991, 5 octubre 1993, 11 septiembre y 25 noviembre 1996)-, debe tenerse en cuenta que el artículo 417 bis CP, a que se refiere el recurso, constituye una norma penal que no describe tipos penales, sino que declara no punibles determinadas conductas; es decir contempla determinadas exigencias o requisitos para que conductas o acciones típicas no resulten punibles.”

Por consiguiente, la reserva penal es una reserva de ley absoluta, pero referida a la tipificación y a la determinación de la pena, que no excluye, sin embargo, una posible colaboración del reglamento (comenzando por el Real Decreto reglamentario) en otros elementos accesorios o distintos aunque estén relacionados con el delito. Así, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo admiten y consideran casi inevitable la remisión al reglamento para completar mediante una regulación técnica y detallada supuestos de hecho tipificados en la norma legal respecto de determinados ilícitos penales.

En relación con el alcance de la reserva de ley en materia de sanciones administrativas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 26 de enero de 1.995 (Ar. 330. Ponente: J. M. SIEIRA MIGUEZ), delimita con carácter general el alcance de la reserva de ley consagrada en el artículo 25 CE al declarar [F.J. 3º]:

“El artículo 25.1 de la Constitución, al exigir que las infracciones y sanciones administrativas se apliquen «según la legislación vigente», establece el principio de reserva de ley en la materia. Ello significa que la tipificación de las infracciones administrativas y la fijación de las sanciones correspondientes deben encontrarse reguladas por norma con rango de ley, sin que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, los reglamentos tengan potestad normativa para crear nuevas infracciones, determinar nuevas sanciones o alterar las existentes con anterioridad, salvo que exista una norma de rango legal que delimite o configure, con la suficiente precisión, el contenido y alcance de tales infracciones y sanciones, si bien es posible admitir que los preceptos reglamentarios se limiten a aplicar un sistema preestablecido de infracciones y sanciones administrativas al objeto particular de su propia regulación.”

De este modo, la reserva de ley prevista en el artículo 25 CE en materia de infracciones y sanciones administrativas se traduce en la prohibición de que el Poder Ejecutivo del Estado encabezado por el Gobierno, al igual que el resto de las Administraciones públicas, pueda crear mediante los reglamentos nuevas infracciones, determinar nuevas sanciones o alterar las existentes con anterioridad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1.992, Sala 3ª, Sección 6ª, (Ar. 4.104. Ponente: J.M. SÁNCHEZ-ANDRADE Y SAL), F.J. 2º, de conformidad con la doctrina citada, declara que el Real Decreto impugnado (R.D. 593/1.990 de 27 de abril por que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar) respeta la reserva legal del artículo 25 CE por cuanto la Ley 34/1.987 de 26 de diciembre contempla las precisiones fundamentales en cuanto a la tipificación y punición de las infracciones administrativas en la materia.

Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 31 de octubre de 1.991 (Ar. 8.387), FF.JJ. 8 y 9, y de la Sección 3ª de 16 de diciembre de 1.994 (Ar. 10.046), F.J. 9, y 9 de febrero de 1.996 (Ar. 1.812), F.J. 1, por su parte, contemplan supuestos en los que no se infringe la reserva de ley del artículo 25.1 CE y del artículo 27 LRJAE que consagran el principio de legalidad en materia de penas y sanciones administrativas porque se trata simplemente de recursos en los que se impugna un reglamento de policía aprobado mediante Real Decreto que establece medidas cautelares.

Finalmente, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, (Ar. 8.657. Ponente: J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, F.J. 4º) de 14 de noviembre de 1.990 que resuelve un caso en el que el precepto impugnado del Real Decreto (artículo 17.1 del R.D. 3.303/1.983 de 28 de diciembre, que reguló la protección cinematográfica española) no vulnera el principio de legalidad, porque la condición establecida por el mismo como imprescindible para la obtención de la licencia de doblaje (<<que el interesado se encuentre al corriente del pago de las tasas devengadas por anteriores licencias>>) constituye sólo un requisito habilitante y no una sanción administrativa.

En consecuencia de la jurisprudencia examinada se deducen las siguientes conclusiones en relación con la reserva de ley establecida en el artículo 25 CE:

1.- La reserva penal es una reserva de ley <<absoluta>>, pero referida exclusivamente a la tipificación y a la determinación de la pena.

2.- La tipificación de las infracciones administrativas y la fijación de las sanciones correspondientes deben encontrarse reguladas por normas con rango de ley debiendo limitarse las disposiciones reglamentarias de desarrollo del Ejecutivo a introducir graduaciones o especificaciones al cuadro de las infracciones y sanciones establecidas legalmente.

b'.- La reserva de ley del artículo 27 CE.

Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 12 de diciembre de 1.990 (Ar. 9.636. Ponente: S. MARTÍNEZ SAN JUÁN), F.J. 5º, y de 21 de junio de 1.994 (Ar. 5.258. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 2º, resuelven dos supuestos en los que los preceptos del Real Decreto reglamentario impugnado (R.D. 1.200/1.986 de 13 de junio sobre régimen del profesorado universitario y R.D. 574/1.991 de 2 de abril por el que se regula, transitoriamente, el ingreso en el Cuerpo de Funcionarios Docentes) no vulneran la reserva de ley del artículo 27 CE al estar amparados, respectivamente, por la Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria y la Ley Orgánica 1/1.990 de 3 de octubre, General del Sistema Educativo.

c'.- La reserva de ley del artículo 31 CE.

La jurisprudencia examinada contempla, igualmente, dos supuestos en los que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se

pronuncia en relación con la reserva de ley establecida en el artículo 31.3 CE y contemplada en el artículo 10 LGT que exige que la determinación de los elementos esenciales de un tributo se hagan por norma con rango legal.

En el primero de los supuestos examinados, la Sentencia de 8 de noviembre de 1.989 (Ar. 10.548. Ponente: A. RODRÍGUEZ GARCÍA, Sección 9ª), FF.JJ. 3º y 4º, estima que el Real Decreto recurrido (R.D. 429/88 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales) no vulnera el principio de reserva de ley del artículo 31.3 CE por cuanto dicho artículo contempla al ciudadano en cuanto tal y no al funcionario cuya reserva se encuentra especificada en el artículo 103.3 CE y desarrollada en este punto concreto por la Ley 19/1.987 de 8 de abril.

En el segundo caso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1.990 (Ar. 1.701. Ponente: E. PUJALTE CLARIANA, Sección 2ª), F.J. 7º, declara que el precepto enjuiciado del Real Decreto recurrido (artículo 110.f del R.D. 2.631/1.982, de 15 de octubre, que aprueba el Reglamento del Impuesto de Sociedades) no vulnera la mencionada reserva legal por cuanto responde –aunque en términos poco claros- al desarrollo de los artículos 13.a) y 14.d) de la Ley 61/1.978 de 27 de diciembre reguladora del Impuesto de Sociedades.

d'.- La reserva de ley del artículo 35 CE.

La reserva de ley en materia laboral establecida en el artículo 35 CE es examinada por la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1.990 en la que se resuelve el recurso interpuesto contra el Real Decreto 2.001/83 de 28 de julio sobre jornadas especiales y descanso. Contra la citada Resolución judicial se emitió un Voto Particular que contiene, asimismo, interesantes puntualizaciones sobre el tema.

La Sentencia de 31 de enero de 1.990 (Ar. 574. Ponente: D. ROSAS HIDALGO) en su F.J. 3º declara:

“Es visto que si se parte de una posición restrictiva del poder de normación de la Administración en esta parcela, que es una de las defendidas por cierto sector doctrinal, se llega a la conclusión de que es factible dismantelar el poder estatal de intervención, retirando a la Administración de tanto intervencionismo en las relaciones laborales como el que hasta ahora ha existido. No creemos que éste sea el bloque de legalidad establecido y partimos de que no hay una reserva de ley absoluta en la materia, de manera que la reserva de ley se extienda a la totalidad de los contenidos materiales del Derecho de Trabajo sin que exista el menor resquicio, siquiera sea residual, en el que la Administración pueda ejercer un poder normativo autónomo. Es lícito concluir que fuera del campo que no está reservado a la ley actúe la potestad reglamentaria, con aciertos temperamentos, anudados ciertamente a la especialidad y singularidad del Derecho laboral, pero sin que forzosa y necesariamente no existan más que Reglamentos rabiosamente ejecutivos, porque partimos de la idea de que el contenido del contrato de trabajo no forma parte de ninguna reserva de la ley que por lo tanto el Reglamento no está prescrito en los términos que el sector doctrinal aludido defiende desconfiando en grado sumo el Reglamento. En una

materia tan variada y variopinta no se puede pedir que todo lo regule sólo la Ley, sobre todo en aspectos no básicos, que son los principios al Reglamento. En su consecuencia, cuando no se descubra una vulneración frontal de precepto legal no es posible imponer la conclusión anulatoria amparada en los artículos 16 y 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; allí donde el Reglamento sea complementario, sin vulnerar principios generales del Derecho de Trabajo, hay que admitir una amplia habilitación al ejecutivo, amparada en tantas cuantas delegaciones contiene el E. T. para adoptar reglas especiales en determinadas materias, y así lo entendió, en problema similar, nuestra Sentencia de 26 de octubre de 1987, sin que sea válido afirmar, como se hace en la demanda que se hacen regulaciones de carácter general en los preceptos impugnados, como tendremos ocasión de examinar, cuando lo que se hace es introducir determinaciones singulares y complementarias.”

Por su parte, el Voto Particular formulado contra la referida Sentencia de 31 de enero de 1.990 (Autor: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS), afirma en relación con el alcance de la reserva establecida en el artículo 35 CE:

“La Constitución Española de 1978, como norma suprema, produjo en el campo de la ordenación de las relaciones laborales una modificación trascendental con relación al sistema precedente, como consecuencia de reservar a la regulación de la Ley una serie de materias.

Sin necesidad de divagaciones doctrinales sobre el nuevo sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, es preciso señalar que el art. 35.2 C. E. dispone que «la Ley regulará un estatuto de los trabajadores», lo que indudablemente implica enunciado el mandato constitucional en otros términos, la necesidad de que el Estatuto de los Trabajadores sea regulado por la Ley. Tal conclusión viene además impuesta por el art. 53.1 del propio texto constitucional, en que se formula la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y

libertades reconocidos en el capítulo II del título I, que es el marco sistemático en el que se encuadra el art. 35.2. Tales bases constitucionales permiten sostener la existencia de una auténtica reserva constitucional de ley en la regulación del Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte es lógico entender que tal Estatuto no es sino la situación jurídica en que se encuentra el trabajador en cuanto parte de un contrato de trabajo o elemento subjetivo de una relación laboral. Entre Estatuto de los Trabajadores y Régimen del Contrato de Trabajo o de la relación laboral, existe una correlación lógica de modo que la reserva legal referible al primero se proyecta sobre el contrato de trabajo o la relación derivada del mismo, por ser en éstos en donde se actualiza la situación estatutaria de los trabajadores.

Establecido el mandato constitucional de reserva surge como inevitable consecuencia la reducción del papel normativo del Reglamento, pues aunque según consolidada doctrina constitucional, no esté excluida la colaboración del Reglamento con la ley en las materias reservadas a ésta, esa colaboración precisa de una previa habilitación al Ejecutivo desde Ley, para que por éste pueda utilizarse su potestad reglamentaria respecto de las materias y con la extensión que la ley previamente le marque sin que pueda llegarse al extremo de remisiones en blanco o a técnicas de deslegalización.

El papel adjetivo atribuible al Reglamento en el nuevo marco constitucional de relaciones laborales lo expresa con toda precisión el art. 3.2 de la L. E. T., cuando atribuye a las disposiciones reglamentarias sólo una función de desarrollo de las normas de rango superior (las leyes) vedándolas al establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.

Puede así entenderse que no cabe un ejercicio autónomo de la potestad reglamentaria de la Administración en la regulación de las relaciones laborales, sino sólo el papel de complemento de la ley en las materias previamente remitidas desde ésta.”

La doctrina sentada por la citada Sentencia de 31 de enero de 1.990 (Ar. 574. Ponente: D. ROSAS HIDALGO) se concreta, respecto del objeto de estudio de la presente investigación, en la afirmación de que en aquellos ámbitos del Derecho laboral en los que el Real Decreto reglamentario sea complementario, sin vulnerar principios generales del Derecho del Trabajo, hay que admitir una amplia habilitación al Ejecutivo, amparada en tantas cuantas delegaciones contiene el Estatuto de los Trabajadores para adoptar reglas especiales en determinadas materias.

Por su parte, el Voto particular transcrito, sostenido por V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, acepta la colaboración de la potestad reglamentaria del Gobierno en el Derecho del Trabajo siempre que se haga con una habilitación expresa de la ley que determinará las materias y la extensión del desarrollo reglamentario. El Real Decreto reglamentario ha de desempeñar en el ámbito del artículo 35.2 CE el papel de complemento de la ley en las materias previamente remitidas desde el Parlamento.

e'.- La reserva de ley del artículo 36 CE.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de 5 de noviembre de 1.999 (Ar. 9.294. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), en su F.J. 2º, después de exponer las reglas generales de funcionamiento de las reservas de ley, declara en relación con la reserva de ley relativa a la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas, que:

“Se aduce, también, infracción por el Real Decreto del principio de reserva de ley en cuanto a la regulación de la profesión titulada de farmacéutico que deriva del artículo 36 CE, llegando la actora a la conclusión de que el Gobierno (estatal o autonómico) no está válidamente habilitado para ejercer la potestad reglamentaria en la materia a que se refiere el Real Decreto recurrido.

A través de este motivo se cuestiona, de nuevo, la remisión al Reglamento que efectúa el Título VIII (arts. 100 a 104) LM, al regular la intervención administrativa de los precios de los medicamentos, pero tampoco a través de esta línea impugnatoria se suscitan dudas de inconstitucionalidad en la Ley ni, consecuentemente, en el Reglamento impugnado porque, como a continuación se razona, no cabe entender producida la infracción que se denuncia de la reserva de ley:

a) La Constitución prevé una serie importante de materias reservadas a la ley sobre las que la Administración no puede dictar normas reglamentarias sin la existencia previa de una norma legal, aunque no hay materias vedadas a la regulación de esta clase de norma (respetando, en su caso, el necesario rango de ley orgánica); o, dicho en otros términos, lo que, en principio, supone la reserva de ley es la prohibición de que materias objeto de la misma sean reguladas por reglamentos autónomos.

b) En el ámbito de las materias reservadas a la ley no cabe, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, una habilitación en blanco que constituya, en realidad, una deslegalización de aquéllas. El principio de que se trata representa una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, por el que se asegura que ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia de sus productos normativos.

c) El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, en ámbitos objeto de reserva de ley, pero sí que

supongan, como se ha señalado, una regulación reglamentaria independiente y no subordinada a la de la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Por consiguiente, dicha reserva implica no sólo la necesidad de una ley previa habilitadora del reglamento, sino que tal ley contenga un mínimo contenido material. Si bien, debe tenerse en cuenta que en la Constitución, desde el punto de vista de dicho contenido legal necesario, no hay una concepción global de la reserva de ley sino reservas de ley en las que tal contenido tiene un alcance diverso, adquiriendo su máxima exigencia en relación con los derechos fundamentales y con el diseño constitucional básico de los poderes del Estado.

Pues bien, las previsiones sobre intervención de precios de los medicamentos de la LM, en cuya cobertura se ampara la norma reglamentaria impugnada, no supone una sustitución del régimen de precios autorizados de ámbito nacional para las especialidades farmacéuticas, aunque sí una mejora en las previsiones legales contenidas en la Base 16ª de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, correspondiendo al Gobierno su control y la autorización de modificaciones con un amplio margen de discrecionalidad, por afectar a la política económica y particularmente a una rama de mercado interés público (SSTS 31 de mayo de 1989, 11 de mayo de 1990 y 2 de marzo de 1995). Y, en relación concreta con el artículo 36 de la Constitución, que establece que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas, hemos tenido ya ocasión de señalar (STS de 17 de mayo de 1999) que esta norma debe ser interpretada en el sentido de que la decisión constitucional, a la luz de las Sentencias del Tribunal Constitucional números 83/1984 (42/1986, 93/1992 y 111/1993, comporta que deba ser una ley, sin que sean admisibles otras remisiones o habilitaciones a la potestad reglamentaria que las ceñidas a introducir un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, la que regule: a) la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos, b) los

requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran (cfr. STS de 9 de diciembre de 1998).”

En relación con la reserva del artículo 36 CE, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo elaborada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional mantiene, por consiguiente, que debe ser una ley la que regule: a) la existencia misma de una profesión titulada; b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio; y c) su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran. Por lo tanto, no son admisibles otras remisiones o habilitaciones a la potestad reglamentaria del Gobierno que las ceñidas a introducir un complemento indispensable de la regulación legal por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley.

Finalmente, he de señalar en este epígrafe que la Sala 3ª del Tribunal Supremo declara en relación con numerosos recursos interpuestos contra Reales Decretos reglamentarios que no existe infracción de la reserva de ley del artículo 36 CE. En concreto, pueden citarse, además de la Resolución judicial transcrita: 1) Las Sentencias de 9 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.564 y 9.565), FF. JJ. 3º, pues la única finalidad del Real Decreto impugnado era la regulación de un título académico y no de la profesión titulada. 2) La Sentencia de 17 de marzo de 1.998 (Ar. 4.040), F.J. 10, porque la norma del Gobierno se limitaba a exigir el título profesional para el ejercicio de una actividad laboral. 3) Las Sentencias de 25 de marzo de 1.999 (Ar. 3.061), F.J. 4º y 15 de mayo de 1.999 (Ar. 3.989), F.J. 2º, fundándose en que la reserva del

artículo 36 CE no alcanza a las numerosas especialidades que a posteriori pueden obtener los profesionales titulados.

c.- Supuestos concretos de desarrollos reglamentarios realizados mediante Real Decreto en relación con específicas reservas de ley establecidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

Las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo objeto de la presente investigación se pronuncian en dos ocasiones en relación con la reserva de ley en materia de salud del artículo 43.2 CE. En concreto, resuelven recursos que versan sobre dicha reserva de ley, las Sentencias de 16 de marzo de 1.992 (Ar. 2.981. Ponente: J.M. REYES MONTERREAL, Sección 4ª), FF.JJ. 1 y 2; y 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236. Ponente: E. ESCUSOL BARRA, Sección 3ª), F.J. 4º. La última de las Resoluciones judiciales citadas declara [F.J. 4º]:

“La invocación del principio de «reserva de ley» contra una disposición general, lleva implícita la siguiente afirmación: que lo que se regula en aquella es materia reservada en la Ley. La «reserva de ley», implica que algunas materias sólo pueden regularse por ley, con lo que se está diciendo que si esa materia concreta fuera regulada por un reglamento, éste sería ilegal. Estamos, pues, ante un principio de garantía y de límite frente a la potestad reglamentaria. En general, se ha dicho por la doctrina que la verdadera materia reservada a la Ley es la propiedad y la libertad. Nuestra Constitución, va señalando, a lo largo de su articulado, los supuestos reservados a la Ley, además de reservar a la misma la regulación en bloque de los derechos y

libertades reconocidos en el Capítulo II, del Título I (art. 53 de la Constitución). En materia de sanidad, el art. 148.1.21.^a, de la Constitución, permite que las Comunidades Autónomas asuman competencias, pero conservando el Estado la competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación general (art. 149.1.16.^a de la Constitución). Y, por su parte, el art. 43.2 de la Constitución, en su último inciso, señala que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos respecto de la salud, y precisa (inciso primero del citado art. 43.2) que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Por consecuencia, en materia de sanidad, teniendo en cuenta dichos preceptos constitucionales, hay que distinguir:

- a) Lo que es sustancial o fundamental (lo relativo a los derechos de los ciudadanos a la protección de la salud [arts. 43 y 39 de la Constitución] y lo relativo a los deberes de los ciudadanos para el buen funcionamiento de la actividad sanitaria).
- b) Los aspectos complementarios (reglamentos ejecutivos) y organizativos (reglamentos independientes).”

La reserva de ley prevista en el artículo 43. 2 CE constituye un ejemplo de las reservas de ley ordinaria previstas por la Constitución a lo largo de su articulado con independencia de la reserva en bloque realizada en el artículo 53 CE respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, del Título I. Se trata, por lo tanto, de una reserva de ley <<propia>> (y no la única) incluida dentro del Capítulo III del Título I, esto es, de los principios rectores de la política económica y social. Y , en consecuencia, en materia de sanidad, como mantiene la sentencia trascrita, los derechos y deberes de los ciudadanos han de estar regulados por ley mientras que los elementos

accesorios pueden ser normados por el reglamento, y claro está, preferentemente por Real Decreto reglamentario.

d.- La reserva de ley del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 103.3 CE en la jurisprudencia objeto de la presente investigación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1.993 (Ar. 5.040. Ponente: G. LESCURE MARTÍN), Sala 3ª, Sección 7ª, resuelve el recurso directo interpuesto contra el artículo 10.5 del Real Decreto 1.494/1.991 de 11 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de Retribuciones de las Fuerzas Armadas. Pues bien, la citada Resolución judicial en su F.J. 2º afirma que la Disposición Final 3ª de la Ley 17/1.989 de 7 de junio que sirve de cobertura legal al Real Decreto impugnado no es inconstitucional porque no vulnera el principio de reserva de ley en materia del régimen estatutario de los funcionarios públicos. No se trata, como indica en ocasiones el Tribunal Constitucional para declarar vulnerada la reserva legal establecida en la Constitución (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 99/1.987 de 11 de junio; Ponente: C. DE LA VEGA BENAYAS, F.J. 3º), de <<remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos o estrictos que entrañarían un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria>>.

La Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1.994 (Ar. 5.677. Ponente: M. GARCÍA CARRERO), F.J. 4º, por su parte,

afirma que en la regulación estatutaria de la Función Pública a que se refiere el artículo 103.3 CE «...habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos...». No es lícito, según esta doctrina que se llegue «a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir» (STC 99/1.987, F.J. 3º).

La citada Resolución judicial, asimismo, indica que la remisión normativa analizada en materia de indemnizaciones por razón del servicio (artículo 23.4 de la Ley 30/84 de 2 de agosto) no afecta, sin embargo, a la esencialidad de los elementos integrantes del régimen estatutario que dimana del artículo 103.3 CE que pondría en entredicho la concordancia con el principio de reserva de ley del bloque normativo contemplado, ya que está referida a un ámbito de funcionalidad muy específico y de orden subalterno en el conjunto de la normación estatutaria de la función pública.

Los aspectos esenciales de todos los elementos integrantes del régimen estatutario de los funcionarios públicos quedan, por consiguiente, sujetos a una previa regulación sustantiva de ley por imperativo del artículo 103.3 CE. Por el contrario, pueden realizarse remisiones normativas al Ejecutivo en aspectos secundarios pero siempre que tales remisiones contengan límites de desarrollo ciertos y precisos.

e.- Doctrina jurisprudencial en relación con el carácter de reserva de ley de las <<bases>> o <<legislación básica>> atribuida al Estado en determinadas materias por el artículo 149 de la CE.

La doctrina del Tribunal Constitucional mantiene que la potestad reglamentaria del Gobierno puede completar a la Ley en la labor delimitadora de las bases atribuidas a la competencia del Estado en determinadas materias e imponerse como límite a la intervención normativa de las Comunidades Autónomas. En este sentido, se pronuncian las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional 135/1.992 de 30 de octubre, F.J. 3, y 133/1.997 de 16 de julio, F.J. 16 (Ponente de ambas: R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE). En concreto, la última de las Resoluciones judiciales citadas afirma [F.J. 16º]:

“Así pues, los Reales Decretos discutidos, globalmente considerados y en cuanto desarrollan y complementan preceptos básicos de la Ley, ostentan igual carácter, el cual se deduce de forma implícita de su contenido (STC 213/1994, fundamento jurídico 10).

No queda aquí la tacha que el Gobierno vasco hace a la integridad de los Reales Decretos, pues, además de echar de menos una expresa mención de su carácter de básicos, les imputa carecer de rango jurídico formal de ley, lo cual es obvio. En este planteamiento, no se tiene en cuenta que en la labor delimitadora de las bases el Reglamento estatal puede complementar a la Ley e imponerse como límite a la intervención normativa de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia de que se trate, siempre y cuando no vayan más allá de lo previsto en la Ley previa (STC 220/1992, fundamento jurídico 3.º). En definitiva, si bien corresponde a las Cortes Generales la función de establecer

las normas básicas, en determinados supuestos puede hacerse por vía reglamentaria en atención a la naturaleza técnicamente compleja de la cuestión regulada (STC 86/1989, fundamento jurídico 2.º). Por lo tanto, ningún reproche puede hacerse a los Reglamentos impugnados en cuanto se limitan a desarrollar preceptos básicos de la Ley del Mercado de Valores, sin perjuicio del enjuiciamiento que, artículo por artículo, puede realizar este Tribunal desde la dimensión competencial, pues existiendo una Ley que ordena la materia y que ha definido ya qué debe entenderse por básico, no puede el Reglamento invocar, siquiera sea de forma implícita, tal calificación más allá de lo previsto en la Ley que desarrolla (STC 35/1992, fundamento jurídico 3.º).”

La naturaleza técnicamente compleja de una materia puede permitir, por lo tanto, el desarrollo reglamentario de las bases estatales. Y como destacan las Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1.985 de 27 de junio (Ponente: M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO), F.J. 16º, y la ya citada 133/1.997 de 16 de julio (Ponente: R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE), F.J. 10, la regulación de las normas básicas puede realizarse a través del Real Decreto también en los supuestos en los que la cuestión regulada sea de naturaleza cambiante y coyuntural.

Finalmente, cabe destacar la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 17 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.886. Ponente: A. MARTÍ GARCÍA), F.J. 5º, que abunda en la consideración de que el Estado puede dictar normas reglamentarias en <<desarrollo>> de la legislación básica ya que no existe norma constitucional ni principio que lo prohíba y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en las Sentencias 1.981/32 de 28 de julio, 1/1.982 de 29 de enero y 102/1.995 de 26 de junio. Afirma, por otra

parte, que la última de las Sentencias indicadas (STC 102/1.995 de 26 de junio, F.J. 8), admite de forma genérica aunque excepcional el <<complemento>> de la legislación básica por vía reglamentaria (con lo que la mencionada Resolución del Tribunal Supremo parece distinguir entre desarrollo y complemento de la legislación básica). Y, por último, recuerda que el Tribunal Constitucional no ha aceptado la distinción entre <<bases>> y <<legislación básica>>, según la cual la segunda expresión haría referencia exclusivamente al contenido formal y sólo permitiría su desarrollo por medio de normas con rango legal.

3.- LA INEXISTENCIA DE RESERVA REGLAMENTARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A FAVOR DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN.

La relación entre la Ley y el reglamento se fundamenta, como ya he explicado, en la vigencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 CE que determina la primacía de la Ley como fuente del Derecho sobre la norma reglamentaria (unida indisolublemente a los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley). Pues bien, en desarrollo del principio de legalidad, el artículo 97 CE prescribe el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno <<de acuerdo con la Constitución y las leyes>>, mandato del que cabe deducir la inexistencia de una reserva reglamentaria en nuestro Ordenamiento jurídico³⁵. En efecto, la inexistencia de una <<reserva de reglamento>> en nuestro Derecho (salvo el caso singular que expongo más adelante), se deduce directamente de la vigencia del principio de legalidad tal

³⁵ J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el Reglamento, Reserva legal y remisión normativa, algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia*, Revista de Administración Pública, números 100-102, Vol. I, enero-diciembre, 1.983, p. 473 y ss.

y como se formula en nuestra Constitución. Así, si la Ley se define como una norma superior al reglamento, susceptible de regular cualquier materia, la consecuencia inmediata es la inexistencia de un ámbito reservado al reglamento (y, por lo tanto, al Real Decreto reglamentario).

Con anterioridad al régimen jurídico vigente tras la promulgación de la Constitución Española de 1.978, sin embargo, la existencia en nuestro Ordenamiento jurídico de un ámbito reservado al reglamento del Gobierno (y en su defecto, a las autoridades inferiores) fue mantenida por algunos autores. Así, como destaca S. MUÑOZ MACHADO, con anterioridad a la Constitución, en relación con el ámbito propio de la Ley y el reglamento del Ejecutivo se manifestaron tres posturas. Para la mayoría de la doctrina, la relación de los reglamentos dictados por el Gobierno con las leyes emanadas de las Cortes Generales se caracterizaba por la existencia de una reserva material de ley sobre las materias enumeradas en los artículos 10 a 12 de la Ley de Cortes, siendo el campo reservado a la ley perfectamente ampliable mediante reservas formales. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, por su parte, afirmaban que todas las Leyes Fundamentales preceptuaban materias que debían regularse por ley, concluyendo que toda norma que impusiera deberes o interviniera derechos de los ciudadanos requería legitimarse en una intervención del Legislativo. Y, finalmente, un sector doctrinal minoritario (A. GALLEGO ANABITARTE, M. CLAVERO ARÉVALO, R. FERNÁNDEZ CARVAJAL) realizó una interpretación de las Normas Fundamentales cercana al texto de la

Constitución Francesa de la V República defendiendo una especialización de la Ley y el reglamento para determinadas materias³⁶.

Dentro de este último grupo, A. GALLEGO ANABITARTE³⁷ exponía que la Ley estaba reservada para determinadas materias, y no para todas, y determinadas materias debían <<revestir forma de Ley>> (artículo 52 de la Ley Orgánica del Estado que entró en vigor el 11 de enero de 1.967). La lógica del sistema de <<reserva de ley>> determinaba que si el campo de la Ley aparecía constitucionalmente limitado a las materias del artículo 10 de la Ley de Cortes, todo aquello que no estuviera comprendido dentro de ese campo sería competencia del Gobierno y, por tanto, del poder reglamentario de la Administración pública.

M. CLAVERO ARÉVALO³⁸, por su parte, defendía que el examen de las fuentes constitucionales ofrecía la posibilidad de llegar a la conclusión de que el sistema jurídico español permitía la existencia del reglamento autónomo del Gobierno y la Administración. Esta afirmación que equivalía a reconocer la existencia de un ámbito ajeno a la Ley, se deducía de los siguientes argumentos:

1) La limitación tasada de la competencia de las Cortes Generales y la prohibición de un pronunciamiento de las mismas sobre materias ajenas a su competencia, establecida en el añadido párrafo 2º del artículo 12 de la Ley de Cortes de 17 de julio de 1.942. Esta prohibición necesariamente operaba a

³⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el Concepto de Reglamento Ejecutivo en el Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 77, mayo-agosto, 1.975, nota 29, p. 157.

³⁷ A. GALLEGO ANABITARTE, *La Ley y el Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.971, p. 22.

³⁸ M. F. CLAVERO ARÉVALO, *¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho Español?*, Revista de Administración Pública, número 62, mayo-agosto, 1.970, p. 24 y ss.

favor de la potestad reglamentaria del Gobierno, al establecerse así en el artículo 24 LRJAE.

2) *A sensu contrario*, del artículo 41 de la Ley Orgánica del Estado que prohibía a la Administración pública regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que fueran de la <<exclusiva competencia de las Cortes>>, de donde se deduce que esta prohibición no se daba para regular materias que no fueran de la referida competencia exclusiva de las Cortes Generales.

3) La concepción contenida en las Leyes Fundamentales del Gobierno y la Administración como poderes creadores y de gobierno para el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general y no como Poder Ejecutivo.

El citado autor completaba su exposición indicando como notas del régimen jurídico del reglamento autónomo del Estado en España que:

1) Se hallaba sometido al control de ilegalidad conforme al artículo 7 LOPJ de 15 de septiembre de 1.870.

2) Era susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA de 27 de diciembre de 1.956.

3) Requería el dictamen del Consejo de Estado ya que, por una parte, dicho reglamento cubrían un vacío normativo y, por otra, la intervención del Órgano consultivo debía verificar el efectivo respeto por la norma

reglamentaria de los límites competenciales de las Cortes y su sumisión a los principios generales del Derecho y a las Leyes Fundamentales.

4) Su admisión suponía la desaparición de la categoría del reglamento independiente ya que, respecto de las materias que no eran de la competencia de las Cortes, los reglamentos dictados serían autónomos mientras que, respecto de las que lo eran, no se podían dictar reglamentos con tal carácter (artículos 41, 51 y 52 de la Ley Orgánica del Estado).

La interpretación realizada por el aludido sector doctrinal, en el sentido de que en nuestro Derecho era posible sostener la existencia de un ámbito reservado al reglamento, partió, como ya he señalado, de un análisis de las Normas fundamentales a la luz de la Constitución francesa de 28 de julio de 1.958. Pues bien, conviene indicar que del texto constitucional francés y de su interpretación jurisprudencial, según R. GARCÍA MACHO, pueden destacarse las siguientes notas en la relación entre Ley y reglamento:

1) Se produce una sustancial limitación del principio de la supremacía de la ley, debido a la concepción material establecida en el artículo 34, que restringe la capacidad normativa de la Ley a las materias allí enumeradas y algunas otras establecidas expresamente en la Constitución.

2) El artículo 37.1 impone una <<reserva de reglamento>>, puesto que las materias que no estuvieran adscritas expresamente a la Ley por la Constitución quedarían reservadas al reglamento. El artículo 38, por su parte, declara que las materias que no son del dominio de la Ley tiene un carácter reglamentario.

3) No obstante lo anterior, la relación ley-reglamento se equilibró y se ensanchó el campo de actuación del Parlamento frente al Ejecutivo merced a la interpretación extensiva del artículo 34 que realizaron, a partir de 1.965, los Consejos Constitucional y de Estado francés. En este punto, pueden citarse las Decisiones del Consejo Constitucional francés de 27 y 30 de julio de 1.982 (82-142 y 82-143 DC).

La posibilidad de establecer formalmente la reserva reglamentaria planeó sobre nuestro Derecho con motivo de la elaboración del texto de la Constitución Española de 1.978. En el Anteproyecto de Constitución, el artículo 72, por una parte, restringía el ámbito de actuación de la Ley a materias concretas y establecía que para ampliar la esfera de actuación de la Ley se necesitaba mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y el artículo 79.1, por otra, establecía que <<corresponde a la potestad reglamentaria la regulación de las materias no reservadas a la Ley, sin perjuicio de lo previsto en el título VIII>>³⁹.

La regulación contenida en el texto del Anteproyecto resultaba, sin embargo, incongruente con el reconocimiento de una Monarquía parlamentaria que potenciaba la capacidad del Legislativo. Faltaba, pues, la configuración presidencialista del Poder Ejecutivo que constituía el presupuesto teórico para el ejercicio de una potestad reglamentaria autónoma en Francia. Además, la regulación proyectada contradecía tanto la tradición liberal de nuestras Constituciones como la doctrina mayoritaria sostenida durante el régimen jurídico precedente respecto a la supremacía de la Ley y su

³⁹ J. SALAS HERNÁNDEZ, *De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 84, septiembre-diciembre, 1.977, p. 656, afirma que el texto del Anteproyecto fue criticado por la doctrina calificándolo de transplante incongruente de la Constitución gaullista.

ámbito competencial. Y tales contradicciones fueron finalmente subsanadas al publicarse el dictamen de la ponencia, aparecido en el B.O.C. el 17 de abril de 1.978, en el que había desaparecido ya la reserva de reglamento⁴⁰.

De lo expuesto hasta ahora, se concluye que en el Derecho español el principio de legalidad y de jerarquía normativa tienen una vigencia general como se deduce de los artículos 9, 97 y 106 CE de modo que, respecto al Gobierno, no existen ámbitos reservados al reglamento. Ámbitos, claro está, que en virtud del principio de jerarquía de las normas reglamentarias hubieran sido regulados de modo preferente mediante Real Decreto del Consejo de Ministros. Autores como T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y A. EMBID IRUJO⁴¹ han demostrado, sin embargo, que en nuestro Ordenamiento jurídico sí existe una excepción puntual a la regla general de inexistencia de reserva reglamentaria. En efecto, en el sistema estatutario del País Vasco y de acuerdo con una apelación al pasado histórico que se reintegra en virtud del Estatuto, han surgido espacios reservados al reglamento donde la Ley territorial, consiguientemente, no puede entrar. En este sentido, hay que entender la mención que realiza el artículo 37.3 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1.979 de 18 de diciembre, a las <<competencias exclusivas>> de los Territorios Históricos que se desenvuelven en materias tan variadas como la elaboración y aprobación de los presupuestos, el régimen de bienes o el régimen electoral municipal.

⁴⁰ R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, Barcelona, 1.988, p. 111.

⁴¹ A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 99. Por su parte, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*, 1ª edición, Editorial Cívitas y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.985, p. 145, califica a los reglamentos que las Juntas Generales emanan dentro de su ámbito competencial exclusivo como reglamentos autónomos engarzados directamente con el Estatuto (artículo 37.3 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco) y la Constitución (Disposición Adicional 1ª CE), igual que ocurre en Francia desde 1.958 a raíz de la nueva configuración dada a la potestad reglamentaria.

En cuanto a la jurisprudencia analizada, la misma sostiene la inexistencia de reserva reglamentaria como nota definitoria de las relaciones entre ley y reglamento en el Ordenamiento jurídico vigente. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional afirma unánimemente la inexistencia de un ámbito excluido a la regulación del legislador. En este sentido, pueden citarse las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional 5/1.981 de 13 de febrero, F.J. 21 ; 18/1.982 de 4 de mayo, F.J. 3; 35/1.982 de 14 de junio, F.J. 3; 2.000/73 de 14 de marzo, F.J. 15; 2.000/104 de 13 de abril, F.J. 9; 2.000/248 de 19 de octubre, F.J. 5 y 2.000/273 de 15 de noviembre del 2.000, F.J. 13. En concreto, la última de las mencionadas (Ponente: P. CRUZ VILLALÓN), en su F.J. 13º, declara:

“Como hemos señalado reiteradamente, no resulta contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que anteriormente había encomendado al poder reglamentario, pues nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria inaccesible al legislativo [SSTC 5/1981, de 13 de febrero, F. 21 b), y 18/1982, de 4 de mayo, F. 3]. De tal suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro ordenamiento jurídico cualquier contenido, no estándole en modo alguno vedada la regulación de materias antes atribuida al poder reglamentario (por todas, STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 15).”

La referida doctrina jurisprudencial es igualmente sostenida, dentro de las Resoluciones judiciales de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, por la Sentencia de la Sección 4ª de 5 de noviembre de 1.999 (Ar. 9.294. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), F.J. 2º, conforme a la cual no hay materias vedadas a la regulación de la Ley.

4.- LA DESLEGALIZACIÓN Y ULTERIOR REGULACIÓN MEDIANTE REAL DECRETO REGLAMENTARIO DE UNA DETERMINADA MATERIA.

A.- El concepto de deslegalización.

La deslegalización constituye igualmente otra de las técnicas de relación entre la Ley y el Real Decreto reglamentario existente en nuestro Derecho para la regulación normativa de un sector de la realidad social. La trascendencia de la misma en relación con los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros resulta por otra parte evidente si consideramos que el instrumento normativo llamado a regular la materia deslegalizada es propiamente el Real Decreto:

1) En virtud del principio de jerarquía de las normas reglamentarias recogido en el artículo 51.2 LRJAPYAC ya que el Real Decreto reglamentario constituye la norma reglamentaria de mayor rango dentro del cuadro de instrumentos normativos infralegales.

2) Porque el Gobierno puede hacer uso, como ya he señalado en el Capítulo II del presente estudio, de la potestad reglamentaria genérica que le atribuye el artículo 97.1 CE para regular aquellas materias no reservadas material o formalmente a la Ley. Y del ejercicio de dicha potestad resultarán Reales Decretos reglamentarios que pueden ser calificados como <<independientes>> por su relación con la Ley.

3) Por cuanto las posibilidades de un reglamento independiente aprobado por Orden Ministerial han sido cercenadas por el artículo 12.2.a)

LOFAGE. Y debe tenerse en cuenta que, para la doctrina científica mayoritaria, los reglamentos que son fruto de una deslegalización tienen tal carácter salvo en el caso peculiar de que la ley de deslegalización imponga unos contenidos materiales a la regulación reglamentaria que se dicte (como expongo en el Capítulo VIII relativo a las clases de reglamento).

Dicha técnica normativa ha dado lugar, no obstante, a una viva polémica sobre la determinación de su concepto.

En efecto, para un sector mayoritario de la doctrina científica⁴² (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. TORNOS MAS, J. L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA) implica una llamada de la Ley al reglamento para regular una determinada materia anteriormente regulada con rango legal. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en concreto, define la deslegalización, de acuerdo con la doctrina francesa, como la operación que efectúa una ley, que sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por una ley anterior, <<abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración>>. A través del principio de *contrarius actus*, cuando una materia está regulada por una ley se produce lo que hemos llamado más atrás una <<congelación del rango>> normativo que regula dicha materia, de modo que sólo por otra ley contraria podrá ser innovada la

⁴² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria, y control judicial*, 1ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.970, pp. 155, 156, 168 a 172, y la misma obra en su 2ª edición, Editorial Cívitas, 1.998, pp. 220 y 221; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La remisión normativa y el control de los reglamentos en dos sentencias recientes*, Revista de Administración Pública, número 63, septiembre-diciembre, 1.970, p. 189; J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el reglamento, reserva legal y remisión normativa*, algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional, Revista de Administración Pública, números 100-103, Vol. I, enero-diciembre, 1.983, p. 504; J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR ESCURRA, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Universidad Complutense de Madrid, 1.992, Madrid, pp. 224 y 225.

regulación existente. Una ley de deslegalización opera como *contrarius actus* de la ley anterior, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que en adelante pueda ser modificada por simples reglamentos. En la misma línea, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ define la deslegalización como la operación consistente en <<descongelar el rango de ley de una cuestión concreta, autorizando a la Administración en lo sucesivo para regularla por simple reglamento>>. J. TORNOS MAS, por su parte, señala que en estos casos, la norma de remisión carece de contenido material y se limita a <<abrir un determinado ámbito a la competencia del reglamento>>. Y, finalmente, J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA aluden a la deslegalización en relación con los reglamentos que <<otorgan contenido a la ley>>.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, asimismo, se muestra contrario a la opinión de un sector de la doctrina italiana que, manejando el concepto de deslegalización como transferencia de poder, ha entendido que en estos supuestos la delegación consistiría en la transmisión del poder abrogatorio de la Ley. Pues señala que dicha afirmación aunque es sutil, no es, sin embargo, exacta. La abrogación de la ley anterior por la “norma deslegalizada” no es un poder propio, sino una simple consecuencia de la degradación normativa operada. Además, estima que la Administración utiliza la delegación ínsita en la deslegalización no sólo en el momento del primer ejercicio de la misma, que es cuando se produciría el efecto abrogatorio de las leyes anteriores, sino también posteriormente, cuando sustituye esa primera norma por otras igualmente reglamentarias.

La deslegalización se limita pues a ese plano formal de manipulación sobre el rango que regula una determinada materia (manipulación que también

se conoce en el sentido contrario de una elevación de rango normativo de una regulación reglamentaria) por lo que no se consume nunca, permitiendo desarrollos reglamentarios indefinidamente, en tanto que el rango rebajado no se vuelva a elevar.

M. REBOLLO PUIG⁴³, por su parte, critica la posición doctrinal anterior ya que sostiene que lo esencial a la deslegalización radica en que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria (que se ostenta al margen de la deslegalización misma) podrán derogarse preceptos con rango de ley. La explicación correcta de dicha técnica legislativa se encuentra en que la ley deslegalizadora usando su propia fuerza, niega a otra ley, o a ella misma, su fuerza formal pasiva. La fuerza de ley no es más que una <<facultad virtual>> de la misma, según la caracterización de O. MAYER, y que, por tanto, la propia ley puede excluir.

Rechaza, por consiguiente, la configuración de la deslegalización como una forma de habilitación al reglamento (se alude a <<manipulación del rango>> pero no de una ley sino de una materia), como delegación o como un tipo de remisión en blanco (<<total entrega de una materia al reglamento>>). La técnica analizada opera, por el contrario, sobre la ley previa y no sobre la potestad reglamentaria. Y finalmente, destaca que la citada terminología que cuando menos es confusa, ha sido recogida y desarrollada por el Tribunal Constitucional identificando la deslegalización con la remisión en blanco, así, por ejemplo en la Sentencia 83/1.984, de 24 de julio, F.J. 5º.

En opinión de quien suscribe estas líneas no puede negarse que la deslegalización opera sobre la fuerza pasiva de la ley de modo que la norma

⁴³ M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como Límites a la Potestad Reglamentaria del Gobierno*, Revista de Administración Pública número 125, mayo-agosto, 1.991, p. 160 y ss.

reglamentaria deroga a la ley anterior pero, sin embargo, no debe obviarse que la deslegalización, al mismo tiempo, comporta tácitamente una llamada al ejercicio de la potestad reglamentaria sobre la materia que es regulada por la ley respecto de la que opera dicha técnica normativa.

La jurisprudencia analizada, en cualquier caso, se identifica con los postulados de la doctrina mayoritaria. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1.988 (Ar. 9.197. Ponente: J. GARCÍA-RAMOS ITURRALDE), F.J. 2º, que identifica la deslegalización con la manipulación de rango de las normas que regulan una materia, a fin de atribuirles para el futuro carácter puramente reglamentario, haciendo posible así que el Gobierno pueda hacer en ellas las alteraciones, modificaciones, correcciones o derogaciones que juzgue conveniente aunque alguna de las normas tuviera originariamente rango de ley.

La jurisprudencia examinada muestra, asimismo, un caso singular de deslegalización de aspectos puntuales regulados por una ley en el que se expone el mismo concepto de deslegalización aceptado mayoritariamente. Así ocurre en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 6 de febrero de 1.991 (Ar. 1.211. Ponente: J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ) que resolvió el recurso interpuesto contra el Real Decreto 3.304/1.983 de 28 de diciembre, que reguló la protección de la cinematografía española. La Disposición Adicional 1ª de la Ley 3/1.980 de 10 de enero constituye, en principio, la cobertura legal de los preceptos impugnados, indicándose que las modificaciones introducidas, por su carácter instrumental y contingente, no se estima que afecten al núcleo de la ordenación legal y se desenvuelven dentro de los límites que la Disposición Adicional remisoras establece. La Sentencia

indicada en su F.J. 4º sostiene el mismo concepto de deslegalización anteriormente apuntado al afirmar que:

“Se trata, sin embargo, de una deslegalización peculiar y hasta excepcional porque, por una parte y en atención a su naturaleza material reservada a ley, constituye una remisión normativa expresa, específica y limitada en tiempo y circunstancias en favor del gobierno de aspectos, adjetivos o periféricos de la ordenación legal que por su carácter coyuntural se estima que serán resueltos más adecuadamente por la vía reglamentaria, ya que se trata de correcciones periódicas (anuales) de los desajustes que presenta el mercado cinematográfico español ya previsibles al dictarse la ley; mientras que, por otra es una norma degradatoria de esa ordenación ya que sólo confiere esa potestad al Gobierno en el contenido organizativo de la Ley, con las condiciones y límites que fija e incluso excluyendo expresamente de esa reglamentación la supresión de la cuota de distribución que ha de hacerse por ley.”

Finalmente, aprecio un planteamiento algo más cercano a la posición mantenida por M. REBOLLO PUIG en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 28 de noviembre de 1.994 (Ar. 8.955. Ponente: M. GODED MIRANDA), que reitera la doctrina jurisprudencial contenida en otras noventa y siete sentencias anteriores e iniciada con la Resolución judicial de 17 de marzo de 1.992. Así, dicha Sentencia, en su F.J. 4º, sostiene que la figura jurídica de la deslegalización de una determinada materia, consiste en la autorización al Gobierno para que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria pueda, en el futuro, disponer la regulación de tal materia anteriormente regulada por ley ordinaria <<a través del mecanismo de modificación o derogación de tal norma legal>>.

B.- La técnica deslegalizadora.

En cuanto a la técnica deslegalizadora, la generalidad de la doctrina administrativa niega la posibilidad de que la misma opere en los supuestos de reserva material de ley, tanto orgánica como ordinaria, establecidos en la Constitución (E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁴, J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, M. BASSOLS COMA, J. TORNOS MAS). La reserva de ley exige un contenido material concreto y no un cumplimiento meramente formal de la exigencia constitucional de una regulación legal en el ámbito de la realidad social de que se trate.

La consideración de que el reglamento emanado de la técnica deslegalizadora no puede extenderse a materias constitucionalmente sometidas al principio de reserva de ley se encuentra igualmente recogida de modo expreso en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 28 de noviembre de 1.994 (Ar. 9.855. Ponente: M. GODED MIRANDA), F.J. 4º; así como en las otras noventa y siete sentencias dictadas con anterioridad que, como he señalado, contienen la misma doctrina legal. Dicho elenco de sentencias destaca, además, otras dos notas características de la operación de deslegalización:

⁴⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, p. 224; M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 88, enero-abril, 1.979, p. 131; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, nº 188, octubre-diciembre, 1.980, p. 223; J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el reglamento, reserva legal y remisión normativa, algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, Revista de Administración Pública, números 100-102, Vol. I, enero-diciembre, 1.983, p. 504.

1) Los reglamentos del Gobierno emanados de la técnica deslegalizadora no están sujetos a plazo (F.J. 3º).

2) El reglamento del Ejecutivo que se dicte en virtud de una operación de deslegalización no desarrolla una ley anterior, sino que supone una regulación propia e innovadora de la materia deslegalizada (F.J. 4º).

Otra nota propia de la deslegalización, como ponen de manifiesto las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1.994 (Ar. 1.211. Ponente: J. M. MORENILLA RODRÍGUEZ), F.J. 2º, y de 16 de marzo de 1.992 (Ar. 2.981. Ponente: J.M. REYES MONTERREAL), F.J. 4º, es la de que el Real Decreto reglamentario que se dicte ha de mantenerse dentro de la materia regulada mediante la ley afectada por la cláusula deslegalizadora.

Finalmente, en cuanto a la determinación de cuáles sean los límites del reglamento que dicte el Gobierno, T.R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴⁵ entiende que como en la deslegalización la ley deslegalizadora no contiene normas materiales y se limita a descongelar el rango de ley de una cuestión concreta autorizando a la Administración para regularla en lo sucesivo por simple reglamento, no hay posibilidad de añadir a las limitaciones generales de la potestad reglamentaria otras limitaciones específicas. La regulación que un Real Decreto reglamentario haga de la materia deslegalizada no puede

⁴⁵ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La remisión normativa y el control de los reglamentos en dos sentencias recientes*, Revista de Administración Pública, número 63, septiembre-diciembre, 1.970, p. 189.

confrontarse con una regulación paralela más o menos completa que no existe en la ley de deslegalización.

Por consiguiente, los límites de la norma reglamentaria del Ejecutivo emanada de la técnica deslegalizadora serán los propios de todo reglamento: el ámbito de la potestad reglamentaria que obliga a la conformidad con la Constitución y las leyes en su conjunto, los principios generales del Derecho, el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales y el principio de proporcionalidad.

5.- CONSIDERACIONES FINALES.

La relación entre la Ley y el reglamento en nuestro Derecho, de acuerdo con la opinión sostenida por la doctrina científica y legal mayoritaria, se asienta en el principio de juridicidad que impone la sumisión de la actuación administrativa al Ordenamiento jurídico. El sometimiento pleno de la Administración pública se produce respecto al Derecho en conjunto, de modo que, en relación con el mismo, existe una vinculación positiva de la Administración (*positive Bindung*); lo que implica la necesidad de que cualquier potestad que éste ejercite se encuentre efectivamente fundamentada en la norma constitucional o legal que la crea. El contenido de dicho principio, por lo demás, cobra en la actualidad una significación especial en la medida en la que el texto constitucional se define como norma jurídica de directa aplicación, que forma parte del Ordenamiento jurídico, precisamente su parte superior. Así pues, la vinculación del Gobierno al elaborar los Reales Decretos

normativos ya no se establece de manera preferente con la Ley sino con la Constitución y, posteriormente, con la Ley y con el resto de las fuentes del Derecho. Y lo anterior tiene su traducción en el necesario respeto del Consejo de Ministros cuando aprueba una norma mediante Real Decreto para con el conjunto normativo denominado <<bloque de constitucionalidad>> que constituye el parámetro para enjuiciar la conformidad a la Constitución de la norma gubernamental.

El principio de legalidad, por su parte, constituye una concreción cualificada de la sumisión genérica del Ejecutivo al Ordenamiento jurídico. Dicho principio general que determina la plena sumisión del reglamento a la Ley se encuentra constitucionalizado en los artículos 9.3, 97 y 103.1 CE. El referido principio se plasma, dentro del ámbito del Derecho estatal, en la necesaria primacía de la ley respecto del resto de fuentes del Derecho previstas en el artículo 1 Cc, así como sobre las normas de rango infralegal dictadas por el Ejecutivo estatal, comenzando por las aprobadas mediante Real Decreto. Pues bien, en atención con dicho esquema inicial de relación entre Ley y el reglamento, los Reales Decretos normativos deberán supeditar su aplicación a la previa regulación contenida en la ley del Parlamento, en ámbitos de reserva material o formal de ley, lo que ha sido expresamente destacado por la doctrina analizada del Consejo de Estado, de modo que el contenido de éstos ha de ir referido a un solo grupo normativo y guardar una coherencia interna con la ley de cabecera.

Asimismo, los Reales Decretos reglamentarios deberán atender al principio de competencia normativa plasmado en la Constitución que delimita el ámbito competencial propio de las normas dictadas por cada Administración pública y, en el supuesto concreto de las normas aprobadas

por el Gobierno de la Nación, determina su carácter subsidiario, en todo caso, respecto del ordenamiento propio de las Comunidades Autónomas, en materias de su competencia (artículo 149.3 CE). Asimismo, los Reales Decretos que aprueban disposiciones generales se encuentran sujetos al principio de jerarquía normativa tanto en relación con la Ley como con el resto de las normas reglamentarias en función de la autoridad que las dicta.

En el estudio de las técnicas de relación entre la Ley y el Real Decreto reglamentario, se distinguen principalmente dos posiciones doctrinales contrapuestas en el Derecho administrativo español que, no obstante dicha contraposición, se adecuan plenamente al funcionamiento actual de nuestro sistema de fuentes del Derecho derivado de la Constitución. De acuerdo con la primera teoría científica, el concepto de delegación legislativa se define como atribución que hace el Parlamento al Gobierno en cada caso de una potestad singular, que el mismo ejerce como poder propio, y que supone una excepción a la potestad reglamentaria genérica del Ejecutivo. La Administración opera con un poder propio y distinto al del legislador delegante dando lugar a la aprobación de simples normas reglamentarias. La segunda de las teorías doctrinales postuladas, por su parte, considera que la atribución originaria de la potestad reglamentaria al Ejecutivo estatal recogida en el artículo 97 CE permite concluir que el Gobierno ejerce dicha potestad, en todo caso, como poder propio aunque necesite de una previa autorización de ley cuando dicta reglamentos ejecutivos.

En conexión con el principio de legalidad, entendido como una aplicación cualificada del principio de juridicidad, la doctrina de Derecho administrativo actual y la jurisprudencia analizada definen la reserva de ley como aquél ámbito material que exige una ley previa para la actuación de la

potestad reglamentaria del Ejecutivo, de modo que sólo por ley podrán regularse determinados contenidos de aquel sector de la realidad social. La doctrina de Derecho Administrativo y la jurisprudencia analizada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional mantienen que la reserva de ley puede ser definida como aquel ámbito material respecto del cual la Constitución exige una ley previa para la actuación de la potestad reglamentaria. De acuerdo con dicha interpretación de la Norma Fundamental, por consiguiente, resulta necesario contar con una regulación material previa realizada por una disposición con fuerza de ley antes de proceder a dictar el reglamento, de forma que tan sólo la Ley permitirá el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, no siendo admisibles meras remisiones en blanco ni deslegalizaciones en relación con las materias que cuentan con una reserva en la Constitución.

La exclusión del reglamento aprobado por Real Decreto en tales ámbitos, sin embargo, no es total pues la intensidad de la reserva varía en función de la materia sobre la que recae, debiendo analizarse cada una dentro de lo que la doctrina denomina “escala de reserva legal”, cuyo alcance concreto es perfilado por la jurisprudencia. Por lo tanto, lo que en consecuencia sí ha de entenderse excluido de las relaciones entre la Ley y el Real Decreto normativo es la idea de <<reserva de ley total>> en el sentido de prohibición expresa de que existan, aun con carácter incidental, reglamentos del Ejecutivo en la materia de que se trate.

En este sentido, el Tribunal Constitucional destaca, en relación con la posibilidad de que una Ley Orgánica realice una remisión a una posterior regulación reglamentaria, que la misma ha de realizarse en condiciones tales

que no contraríen la finalidad de la reserva. No toda remisión de la Ley Orgánica al reglamento es constitucionalmente legítima sino que la misma ha de ser indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la Ley. De ahí que en relación con el desarrollo de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II de la Constitución, la remisión únicamente podrá referirse a aquellos puntos concretos que el legislador estime como indispensables para completar la regulación legal realizada sobre el contenido esencial de tales derechos. Por su parte, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sostiene, en relación con la reserva ordinaria de ley, que el Poder Legislativo debe agotar la normación básica de las cuestiones fundamentales sobre la materia reservada lo que deja al Real Decreto reglamentario un ámbito material suficiente para que aporte un cierto contenido innovador, constituido por aquellas disposiciones secundarias pero necesarias para completar la regulación contenida en la ley.

La jurisprudencia examinada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, como he expuesto detenidamente a lo largo de los apartados específicos del presente Capítulo, ha realizado varias determinaciones fundamentales sobre el alcance de las diferentes reservas de ley previstas en la Constitución en relación con el contenido posible de los Reales Decretos reglamentarios. En concreto, merece reiterarse las siguientes afirmaciones jurisprudenciales en relación con los ámbitos reservados al legislador:

1.- La reserva penal (artículo 25 CE) es una reserva absoluta, pero referida exclusivamente a la tipificación y a la determinación de la pena lo que no excluye, sin embargo, una posible colaboración del reglamento como el aprobado mediante Real Decreto en otros elementos accesorios y distintos

aunque estén relacionados con el delito (así v.gr., para completar supuestos de hecho tipificados por la norma legal respecto de determinados ilícitos penales).

2.- La tipificación de las infracciones administrativas y la fijación de las sanciones correspondientes (artículo 25 CE) deben encontrarse reguladas por normas con rango de ley debiendo limitarse las disposiciones reglamentarias de desarrollo del Ejecutivo a introducir graduaciones o especificaciones al cuadro de infracciones y sanciones establecidas legalmente.

3.- En relación con el Derecho laboral (artículo 35 CE), los Reales Decretos reglamentarios serán complementarios sin vulnerar los principios generales del Derecho del Trabajo, por lo que hay que admitir una amplia habilitación al Ejecutivo, amparada en tantas cuantas delegaciones contiene el Estatuto de los Trabajadores para adoptar reglas especiales en determinadas materias.

4.- Respecto de la reserva de las profesiones tituladas (artículo 36 CE), mantiene que debe ser una ley la que regule: a) la existencia misma de la profesión titulada; b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio; y c) su contenido constituido por el conjunto formal de las actividades que la integran.

5.- Por su parte, la reserva de ley prevista en el artículo 43.2 CE constituye un ejemplo de las reservas de ley ordinaria previstas en la Constitución a lo largo de su articulado, con independencia de la reserva en bloque realizada en el artículo 53 CE respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I. De este modo, los derechos y

deberes de los ciudadanos relativos a la protección de la salud han de estar regulados por ley mientras que los elementos accesorios pueden ser desarrollados por Real Decreto normativo y, subsidiariamente, por otras normas reglamentarias.

6.- Los aspectos esenciales de todos los elementos integrantes del régimen estatuario de los funcionarios públicos (artículo 103.3 CE) han de ser regulados necesariamente por ley. Las remisiones de aspectos secundarios realizadas a favor de los reglamentos como los aprobados por Real Decreto han de contener unos límites de desarrollo ciertos y precisos.

7.- La función de establecer las bases o legislación básica que sobre una determinada materia es competencia del Estado (artículo 149 CE), si bien corresponde a las Cortes Generales, en determinados supuestos puede hacerse por vía reglamentaria en atención a la naturaleza coyuntural o técnicamente compleja de la cuestión regulada.

Por otra parte, la doctrina científica y la jurisprudencia actual se muestran unánimes en cuanto a la afirmación de la inexistencia de reserva reglamentaria a favor del Gobierno en nuestro Ordenamiento jurídico tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978. El esquema de la reserva de reglamento desarrollado en la Constitución francesa de 1.958 no tiene cabida en nuestro Derecho por cuanto el mismo se funda en la existencia de un régimen presidencialista que justifica un ámbito de actuación autónomo para el Poder Ejecutivo. Por el contrario, el sistema de relación entre los distintos Poderes previsto en nuestro texto constitucional es el propio de una Monarquía Parlamentaria. El artículo 97 CE impone la sumisión plena del

ejercicio de la potestad reglamentaria por el Poder Ejecutivo a la Ley y al Derecho mientras que los reglamentos autónomos exigen la determinación de un ámbito exclusivo de su competencia.

La inexistencia en nuestro Derecho de una reserva de reglamento, que se concretaría en la posibilidad de que el Gobierno tuviera un ámbito autónomo para dictar Reales Decretos normativos, se deduce de la propia vigencia general del principio de legalidad recogida en el artículo 9.3 CE. Si la Ley se define como norma superior al reglamento sin excepciones, susceptible de regular cualquier materia, resulta perfectamente comprensible, en este punto, que tanto el Tribunal Constitucional como la Sala 3ª del Tribunal Supremo mantengan que:

1.- No es posible la existencia de materias reservadas <<*ex novo*>> al reglamento, de modo que no sean accesibles en el futuro al Legislativo.

2.- Tampoco es posible impedir que el legislador regule materias antes atribuidas al poder reglamentario.

Existe, no obstante, como caso singular y fuera del objeto propio de la presente investigación, la previsión normativa contenida en el artículo 37.3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que atribuye a las Diputaciones Forales la regulación exclusiva de determinadas materias. Las normas que aprueban dichas Entidades constituyen en efecto reglamentos autónomos engarzados directamente en la Constitución y el Estatuto que reservan espacios exclusivos a la potestad normativa de los territorios históricos.

Por último, en cuanto a la deslegalización como técnica singular de relación entre la Ley y el Real Decreto reglamentario, la exposición realizada revela que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia analizada definen la deslegalización como una operación de manipulación o degradación del rango de una materia y como una habilitación al reglamento del Gobierno para que entre a regular un determinado sector de la realidad social que se encontraba congelado en su rango por una ley. Una deslegalización opera pues como *contrarius actus* de la ley anterior, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma, de modo que en adelante pueda ser modificada por simple reglamento. La jurisprudencia, además, muestra un supuesto puntual en el que la deslegalización, entendida como manipulación del rango de una materia, alcanza a aspectos puntuales de la regulación contenida en una ley previa.

Al mismo tiempo, se aprecia la existencia de una posición doctrinal antagónica que sólo incidentalmente tiene un reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo examinada en relación con la impugnación de los Reales Decretos normativos. Esta segunda opinión, de carácter minoritario, pone el énfasis en la eliminación por la ley deslegalizadora de la fuerza pasiva de la ley deslegalizada para que en el futuro la materia anteriormente regulada por ley pueda ser normada por el Ejecutivo a través de una simple disposición general. De este modo, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, que se ostenta al margen de la deslegalización misma, podrán derogarse preceptos con rango de ley.

En relación con el técnica de la deslegalización, la jurisprudencia examinada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo,

siguiendo la opinión sustentada por la generalidad de la doctrina, niega la posibilidad de que la misma pueda extenderse a supuestos de reserva material de ley previstos en la Constitución, tanto orgánica como ordinaria. Asimismo, en relación con los reglamentos del Gobierno emanados de la técnica deslegalizadora señala las siguientes características:

1.- Los Reales Decretos normativos que se dicten no se encuentran sujetos a plazo, ya que la deslegalización abre la materia sobre la que actúa a la disponibilidad indefinida del reglamento, mientras no sea elevada de rango.

2.- El reglamento del Consejo de Ministros que se dicte en virtud de la deslegalización operada ha de contener una normativa propia e innovadora de la materia deslegalizada porque carecería de sentido permitir la regulación de una materia por el Gobierno para que el Real Decreto que se aprobase fuera mera reiteración o simple desarrollo de la antigua normativa legal que se deroga. Lo anterior no obsta para que, como se examina en el Capítulo siguiente, en algún caso la doctrina y la jurisprudencia hayan considerado posible que la ley deslegalizadora enuncie algunos principios generales en relación con la materia afectada por la degradación del rango de la norma que la regula.

3.- Y, por último, ha de tenerse en cuenta que el Real Decreto reglamentario que se aprueba ha de mantenerse dentro de la materia deslegalizada. En consecuencia, no se consideran admisibles nuevas normas del Gobierno que, además de contemplar el ámbito material deslegalizado, regulen el propio de otros grupos normativos, lesionado de esta manera la coherencia interna del Ordenamiento jurídico.

En definitiva, pues, entiendo que del análisis realizado de las relaciones entre la Ley y el reglamento dictado por el Gobierno de la Nación puede afirmarse que las mismas son en nuestro Derecho las propias de una norma emanada del Parlamento, como poder que ostenta la soberanía nacional y cuyos actos legislativos son expresión de la voluntad popular, por una parte, y la dictada por el Gobierno, por otra, que ejerce la potestad reglamentaria ostentando un simple poder complementario de normación otorgado por la Constitución.

CAPÍTULO VIII

LAS CLASES DE REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN FUNCIÓN DE SU RELACIÓN CON LA LEY.

CAPÍTULO VIII

LAS CLASES DE REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN FUNCIÓN DE SU RELACIÓN CON LA LEY.

1.- LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS O SECUNDUM LEGEM.

A.- Doctrina general.

B.- El concepto de reglamento ejecutivo.

C.- Necesidad de dictamen del Consejo de Estado.

D.- Contenido de los reglamentos ejecutivos.

E.- Límites en el desarrollo de la Ley.

F.- La utilidad de la categoría de los reglamentos ejecutivos en el estudio de los Reales Decretos reglamentarios.

2.- LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES O PRAETER LEGEM (EXTRA LEGEM).

A.- Doctrina general.

B.- El concepto de reglamento independiente.

C.- Innecesidad del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del reglamento independiente.

D.- Límites de los reglamentos independientes.

E.- La distinción respecto de los reglamentos ejecutivos como fundamento de su utilidad científica para el estudio del régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios.

F.- Distinción entre los reglamentos independientes y los reglamentos organizativos.

3.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD O CONTRA LEGEM.

4.- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA CLASIFICACION ESTUDIADA DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

CAPÍTULO VIII

LAS CLASES DE REGLAMENTOS DEL GOBIERNO EN FUNCIÓN DE SU RELACIÓN CON LA LEY.

La intención de quien suscribe el presente capítulo se dirige a completar el examen del régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios a través de la exposición pormenorizada de las diversas categorías de reglamentos existentes en función de su relación con la Ley. La necesaria sumisión de la Administración pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE) ha convertido a dicha clasificación en un referente obligado para comprender la naturaleza jurídica y la eficacia de las normas reglamentarias, siendo empleada por el mismo Ordenamiento jurídico para designar aquellos reglamentos que en su procedimiento de elaboración han de ser dictaminados por el Consejo de Estado (artículo 22.3 LOCE).

Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹, esta clasificación ha alcanzado en la doctrina administrativista actual un gran arraigo. Fue formulada hace más de un siglo por L. VON STEIN partiendo del esquema utilizado tradicionalmente por la doctrina para determinar las clases de costumbres

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 211.

existentes según cual sea su relación con la Ley. Así, distinguió entre reglamento *secundum legem* (ejecutivo) *praeter legem* o *extralegem* (independiente) y *contralegem* (de necesidad). E. GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que la referida clasificación puede valer y es expresiva como punto de reflexión, pero siempre que no implique admitir de entrada la legitimidad general de los reglamentos independientes y contrarios a la Ley. L. VON STEIN escribe en el cenit del <<principio monárquico>>, a cuyo servicio él trabaja y cuya sublimación intenta (teoría de la monarquía de la reforma social) y pretende por ello justificar una normativa regia, alternativa y, eventualmente (caso del reglamento de necesidad), equivalente a la Ley. En los sistemas jurídicos de las democracias occidentales como el nuestro, la subordinación del reglamento a las normas dictadas por el Parlamento ha reemplazado la concepción dual del Estado por lo que ha variado el significado que ha de atribuirse a cada una de las clases de reglamentos mencionadas.

En el presente capítulo, me abstengo de enunciar y profundizar en el análisis de otras clases de reglamentos que, aun siendo de interés, pueden complicar en exceso la comprensión de la referida clasificación². Asimismo, conviene advertir que tampoco pretendo realizar en este apartado una exposición del estado de la distinción apuntada en Derecho comparado teniendo, en este sentido, las referencias realizadas al Derecho francés el único

² La doctrina científica cita muy a menudo otras clasificaciones, pudiendo mencionarse, a modo de ejemplo, los siguientes autores: F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 275-276; A. EMBID IRUJO, *Potestad reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública número 29, enero-abril, 1.991, pp. 106-107; A. ROMANO TASSONE, *Las fuentes del Derecho Administrativo*, Documentación Administrativa, nº 248-249, mayo-diciembre, 1.997, pp. 162-165.

objetivo de aclarar los conceptos utilizados por el Ordenamiento jurídico español³.

1.- LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS O SECUNDUM LEGEM.

A.- Doctrina general.

Como afirma G. GARCÍA ÁLVAREZ⁴, la categoría jurídica del reglamento ejecutivo no es una originalidad del Derecho español. **Su antecedente directo es el <<règlement d'administration publique>>** francés, cuyo origen está en la Constitución de 1.799. Ésta, como ya señalé en el Capítulo II, en su artículo 44 atribuía al Gobierno la competencia de hacer <<les règlements nécessaires pour assurer l'exécution des lois>> mientras que el 52 encomendaba al Consejo de Estado <<rédiger les règlements d'administration publique>>.

La categoría estaba construida, según exponía una enciclopedia de gran circulación a mediados del siglo XIX, sobre la diferencia entre <<ordonner>> y <<règler>>. En el primer caso, estarían los reglamentos de policía, que no serían reglas de derecho sino meras órdenes generales. En el segundo, aquellos <<actes qui ont pour but de procurer ou de faciliter l'exécution de la loi, dont ils sont de quelque sorte le complément>> que se caracterizan por su carácter de generalidad, por no agotarse con su cumplimiento (<<ils s'étendent dans l'avenir par leur prévoyance>>) y por su carácter imperativo⁵.

³ Reflexiones sobre la escasa relevancia de dicha clasificación en el Derecho anglosajón y alemán se encuentran en el artículo de S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de Reglamento Ejecutivo en el Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número, mayo-agosto, 1.975, p. 150.

⁴ G. GARCÍA ÁLVAREZ, *El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, incluido en la obra <<La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)>>, (Coordinador L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 1.485-1.489.

La consecuencia más importante de esta distinción es que los reglamentos de policía son, en la concepción de la época, meros actos administrativos, sujetos al recurso por <<excés de pouvoir>> desde fecha muy temprana (si en un primer momento el Consejo de Estado rechazó los recursos también contra los <<règlements simples>>, a partir de mediados del siglo XIX admite su impugnación). Los segundos, debido a su carácter <<semilegislativo>> -defendido por autores tan prestigiosos en ese primer momento como LAFERRIÈRE-, no eran susceptibles de ser impugnables directamente en vía contenciosa (aunque sí estaban sujetos a una posible inaplicación por el Juez ante el que se instase su ejecución).

Fue sin duda la atribución de estas características a los <<règlements d'administration publique>> lo que motivó la decisión del constituyente de 1.799 de establecer como obligatoria la colaboración del Consejo de Estado en su elaboración.

En la segunda mitad del siglo XIX, no obstante, se va a producir en el Ordenamiento jurídico francés la práctica de desarrollar las leyes genéricamente, sin habilitación específica. Como consecuencia de lo anterior, los reglamentos de policía adquieren una extensión desmesurada convirtiéndose en la figura reglamentaria común, frente a la que los <<règlements d'administration publique>> son una excepción. Éstos ya no

son los reglamentos ejecutivos de las leyes, sino una forma reglamentaria en la que cada concreta ley se remite para su desarrollo⁵.

El siglo XX, continuando esta tendencia, va a suponer la decadencia progresiva de los <<reglamentos de administración pública>>. El primero de estos acontecimientos es el conocido <<arrêt>> **del Consejo de Estado, de 6 de diciembre de 1907** (<<*Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*>> o <<de las grandes compañías>>), **por el que se estableció que estos reglamentos estaban sujetos al recurso por <<excés de pouvoir>>**⁶. No obstante, la categoría, aun perdiendo una de sus principales características, conserva su vigencia como criterio de atribución de competencia consultiva al <<*Conseil d'Etat*>>.

A partir de 1.945, los reglamentos <<*en Conseil d'Etat*>> cuya tramitación requiere el dictamen de una sección del Consejo de Estado se empiezan a alternar con los <<*règlements d'administration publique*>> que, a diferencia de los anteriores, eran discutidos por la Asamblea general del Órgano consultivo. Con la Constitución de 1.958, la antigua distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes carece de la funcionalidad original al establecerse una reserva reglamentaria para determinadas materias. Además, el artículo 37 de la Constitución de 1.958 utilizó la categoría de <<*décret en*

⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 77, mayo-agosto, 1.975, p. 149, por su parte, afirma que en Francia la fórmula abstracta de <<asegurar la ejecución>> utilizada por las Constituciones francesas del siglo XIX será utilizada en la práctica como referida a las leyes en general (al bloque entero de legalidad) lo que permite ya el reglamento independiente. Y el Consejo de Estado en varios famosos *arrêts* (*Arrêts Chambre syndicale des constructeurs de chemin de fer*, de 19 de febrero de 1.904, y *Babin*, de 4 de mayo de 1.906) respaldará tal posibilidad aunque limitada al ámbito de las reglas sobre organización y funcionamiento de los servicios públicos.

⁶ M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, número 19, Sirey, Paris, 1.984, pp. 74 a 78, citado por G. GARCÍA ÁLVAREZ, *El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, incluido en la obra <<*La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*>>, (Coordinador: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 1.486.

Conseil d'Etat>> que sustituyó, casi completamente, la tradicional de <<*règlements d'administration publique*>>. La evolución posterior culminó con la sustitución de esta última categoría en las Leyes de 1.980 (una ordinaria de 7 de julio, y otra orgánica de 21 de julio) y un Decreto (de 31 de julio) a tenor de los cuales, <<*tout renvoi à un règlement d'administration publique ou à un décret en forme de règlement d'administration publique est remplacé par un décret en Conseil d'Etat*>>.

Actualmente, por consiguiente, un <<decreto en Consejo de Estado>> es aquél que no puede ser promulgado sino después de haber sido oído el Consejo de Estado. Y este requisito ha de estar recogido, con carácter expreso, en un texto normativo de rango suficiente, sea el artículo 37 de la Constitución, una ley ordinaria o incluso un reglamento. De hecho, la mayor parte de ellos estarían comprendidos en la categoría de lo que en el Derecho español son <<reglamentos ejecutivos>>, pero no hay ninguna otra relación entre los dos conceptos.

En cuanto a España, la categoría de reglamento ejecutivo aparece en el Decreto de 26 de enero de 1.812 que en su artículo V establece que <<la Regencia expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, oyendo antes al Consejo de Estado>>. Y ello teniendo en cuenta que el Consejo de Estado, tal y como lo regulaba la Constitución de 1.812, era más un órgano de las Cortes para controlar al Ejecutivo que un órgano administrativo.

En España, por otra parte, históricamente **la distinción entre reglamento ejecutivo y reglamento independiente no ha tenido relevancia**

a efectos de su posible impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa: ningún reglamento podía ser recurrido. Este hecho, unido a la falta de un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes fue determinante para la aparición de una importante potestad reglamentaria independiente. A esta realidad, sin duda, responde el artículo 11.1º de la Ley de 6 de julio de 1.845, sobre reorganización y atribuciones del Consejo Real, cuando dispone que éste deberá ser <<siempre>> consultado <<sobre instrucciones generales para el régimen de cualquier ramo de la Administración pública>>.

Es en 1.860, al promulgarse la Ley orgánica del Consejo de Estado de 17 de agosto, cuando se reintroducirá la fórmula de la ejecución de las leyes:

“Art. 45. El Consejo de Estado será oído necesariamente y en pleno: 1º Sobre los reglamentos para la aplicación de las leyes y cualquier alteración que en ellos haya de hacerse.”

Por el contrario, en el número 13 de ese mismo artículo se establece la audiencia preceptiva <<sobre cualquier innovación en las leyes y reglamentos generales de las provincias de ultramar>>. Parece haber, en consecuencia, una voluntad expresa de excluir los reglamentos no ejecutivos del informe del Consejo de Estado.

Para G. GARCÍA ÁLVAREZ⁷, descartado el fundamento de la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes por razón de la impugnabilidad,

⁷ G. GARCÍA ÁLVAREZ, *El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, incluido en la obra <<La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)>>, (Coordinador: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 1.489.

parece probable que haya sido la consideración de la **mayor relevancia de los reglamentos ejecutivos** -por contraste con el carácter teóricamente menos importante de los reglamentos independientes- lo que ha motivado entre nosotros la existencia de un procedimiento más exigente para los primeros. Dicha opinión, sin embargo, resulta del todo discutible dado que la relevancia jurídica, y aun política, de una norma reglamentaria no deriva de su eventual condición de desarrollo de un texto legal sino de la autoridad que lo dicta, la materia que regula y las consecuencias jurídicas que de la misma se derivan para sus destinatarios.

B.- El concepto de reglamento ejecutivo.

El reglamento ejecutivo es definido detalladamente por el Consejo de Estado en la Moción que elevó al Gobierno el 22 de mayo de 1.969 considerando como tales los <<directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento>>.

Cuál sea el ámbito material que alcanza la referida definición ha sido objeto de polémica doctrinal. A este respecto he de señalar, por una parte, siguiendo a M. GÓMEZ PUENTE⁸, que un sector de la doctrina acepta la

⁸ M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano (Navarra), 2.000, pp. 323 y 324. El autor cita como referente del sector mayoritario a E. GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 5ª ed. Cívitas,

existencia de una cláusula general e implícita en la Constitución de reserva de ley de todo cuanto afecte, en cualquier modo, favorablemente o no, a la libertad y propiedad individuales. De ahí también que todo reglamento con eficacia <<ad extra>>, es decir, referido a situaciones jurídicas individuales deba tener carácter ejecutivo (incluyendo los supuestos de remisión normativa, remisión en blanco y deslegalización). Los reglamentos <<ad intra>>, esto es, los reglamentos administrativos u organizativos, en cambio, al no referirse a la esfera jurídica individual no estarían afectados por aquella reserva, por lo que en este ámbito material podría desplegarse el poder normativo de la Administración en forma independiente de la ley. Otro sector, por el contrario, niega que la Constitución contenga la referida cláusula general de todo cuanto afecte a la libertad y la propiedad individual, de modo que no habría más reservas de ley que las expresamente formuladas.

De otra parte cabe señalar, siguiendo a G. GARCÍA ÁLVAREZ⁹, que pueden distinguirse tres posiciones de la doctrina científica y jurisprudencial en relación con el alcance del concepto de reglamento ejecutivo:

1) Una primera tesis propone una interpretación restrictiva del concepto de reglamento ejecutivo que sólo alcanzaría a aquellas normas reglamentarias

Madrid, pp. 265 y 366. Asimismo incluye como representante del sector minoritario contrario a la existencia de la cláusula general de reserva de ley a I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1.988, p. 155.

⁹ G. GARCÍA ÁLVAREZ, *El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, incluido en la obra <<La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)>> (Coordinador: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 1.490-1.492.

que regulasen una materia constitucionalmente reservada a la ley. Esta doctrina ha sido recogida en alguna sentencia aislada (concretamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1.984, Ar. 3.909)¹⁰.

2) Una segunda posición, seguida mayoritariamente por la jurisprudencia, es la que entiende que es ejecutivo todo reglamento que regula aspectos ya regulados por una ley con lo que incluiría a todos aquellos supuestos en los que concurre una reserva material o formal de ley. Cita a este respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1.974 (Ar. 1.921) y la de 7 de febrero de 1.989 (Ar. 1.089).

3) En tercer término, expone como recientemente se observa una línea jurisprudencial que ha extendido el concepto de reglamento ejecutivo a los reglamentos producto de una remisión normativa en blanco o una deslegalización. En este sentido, se pronunciaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1.976 (Ar. 6.041), y 18 de marzo de 1.981 (Ar. 958), entre otras. Por el contrario, la Sentencia de dicho Tribunal de 2 de junio de 1.978 (Ar. 2.822) negó el carácter de reglamento ejecutivo de un reglamento producto de una deslegalización.

¹⁰ La citada tesis es sostenida por S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto del reglamento ejecutivo en el Derecho español*, en *Revista de Administración Pública*, número 77, mayo-agosto, 1.975, p. 177.

La jurisprudencia analizada por quien suscribe estas páginas mantiene la tesis mayoritaria según la cual son reglamentos ejecutivos aquéllos que se dictan en desarrollo de una norma legal en ámbitos en los que existe reserva material o formal de ley aunque sin pronunciarse en cuanto a los casos límite de habilitaciones legales en blanco o deslegalización. Así, por una parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 35/1.982 de 14 de junio, F.J. 4, acepta sin mayores precisiones como concepto de reglamento ejecutivo la definición consagrada por la conocida Moción del Consejo de Estado al Gobierno de 22 de mayo de 1.969. Y el Tribunal Supremo, de otro lado, afirma en la misma línea, en sus tres Sentencias de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 19 de febrero de 1.997 (Ar. 1.508, 1.509 y 1.510. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) que son reglamentos ejecutivos aquéllos que tienen como finalidad completar y desarrollar la Ley. En concreto, la última de las Resoluciones judiciales citadas en su F.J. 2º declara:

“La potestad reglamentaria ha de ser ejercida de acuerdo con la Constitución y con las leyes: así lo exigen los principios de legalidad y de jerarquía normativa invocados por la parte demandante. Todo reglamento ejecutivo, norma subordinada a la Ley, responde a una exigencia: completar y desarrollar la Ley (SSTC 13 febrero 1981 y 4 mayo 1982 y SSTS 28 octubre 1995 y 22 enero 1997, entre otras).”

Existe, por consiguiente, casi unanimidad en la doctrina científica y jurisprudencial sobre cuál es el concepto de reglamento ejecutivo que, en todo caso, coincide con la tan citada Moción del Consejo de Estado al Gobierno de 22 de mayo de 1.969, encontrándose divergencias, no obstante, a la hora de determinar los supuestos concretos que engloba, especialmente en relación con la inclusión o no de la remisión normativa en blanco y la deslegalización.

C.- Necesidad de dictamen del Consejo de Estado.

Los reglamentos ejecutivos de tratados, convenios o acuerdos internacionales así como de leyes deben ser dictaminados por la Comisión Permanente del Consejo de Estado conforme dispone el artículo 22.2 y 3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1.980.

Pues bien, en relación con el alcance de dicha obligación para el Ministerio que elabora un Real Decreto reglamentario, se advierte una divergencia entre los autores que han estudiado el tema, y ello aun partiendo de una noción común de reglamento ejecutivo. En este punto, me remito al análisis realizado en el Capítulo V sobre los requisitos de procedibilidad del dictamen del Consejo de Estado por el autor del presente trabajo sobre la jurisprudencia examinada y las aportaciones de M. REBOLLO PUIG y S. MUÑOZ MACHADO.

Las principales dificultades respecto a la determinación de los supuestos en los que resulta exigible el dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de normas aprobadas mediante Real Decreto provienen de la necesidad de resolver dos interrogantes que plantea la noción de reglamento ejecutivo derivada de la Moción del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1.969. Los interrogantes se concretan, en primer lugar, en determinar qué haya de entenderse por <<relación directa y concreta>> entre ley y reglamento y, en segundo término, en la conveniencia de perfilar negativamente el concepto, esto es, de dilucidar qué casos límite se encuentran excluidos. Tales cuestiones no han encontrado una respuesta clara en la doctrina científica y jurisprudencial por lo que me limito simplemente a enunciarlos y paso, a continuación, a exponer la jurisprudencia analizada que permite vislumbrar las soluciones recientemente aportadas por el Tribunal Supremo en relación con los reglamentos del Gobierno.

La jurisprudencia objeto de investigación pone de manifiesto la ya aludida finalidad de la intervención del Consejo de Estado de contribuir a la legalidad, acierto y oportunidad del Real Decreto proyectado. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.996 (Ar. 6.394), F.J. 3º, y 28 de enero de 1.997 (Ar. 534), F.J. 3º.

De otro lado, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo perfila la noción de reglamento ejecutivo partiendo de la consideración de aquél que completa o desarrolla una Ley así, v.gr., en la Sentencia de 25 de julio de 1.990 (Ar. 6.773), FF.JJ. 1 y 2; y en las ya citadas Sentencias de 15 de julio de 1.996 (Ar. 6.394), F.J. 3; y 28 de enero de 1.997 (Ar. 534) FF.JJ. 3 y 4. En concreto, la Resolución de 15 de julio de 1.996, dictada por la Sección 4ª de la Sala 3ª (Ponente: J. RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ), declara [FF.JJ. 3º y 4º]:

“**TERCERO.-** Debe precisarse que, a efectos de la consulta preceptiva al Consejo de Estado exigida en el artículo 22.3 de la LOCE, son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba «Reglamentos de Ley». Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE, los Reglamentos «secundum legem» o meramente interpretativos, entendiendo por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice; los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos (Sentencia de esta Sala y Sección de 25 octubre 1991) y los Reglamentos independientes que «extra legem» establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración. La intervención del Consejo de Estado sirve, en los casos de Reglamentos ejecutivos o «praeter legem», al principio de legalidad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto la potestad reglamentaria del Gobierno se sujeta a los principios, directrices o criterios que

marca la Ley a desarrollar, y no se ejerce sólo según el buen criterio o la libre interpretación del Gobierno. La función consultiva que ejerce el Consejo de Estado se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (artículo 2.1 LOCE) lo que explica el carácter esencial que institucionalmente tiene el dictamen de este órgano en los «Reglamentos de ley» como protección del principio de legalidad, con preferencia al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno (artículo 97 CE) por razones de mera oportunidad. Aunque sin duda puede el Consejo de Estado entrar a valorar en su función aspectos de oportunidad y conveniencia, sólo lo hará en los casos en que la índole del asunto lo exija o la autoridad que consulta lo pida en forma expresa (artículo 2.1 LOCE, ya citado).

CUARTO.- El Real Decreto 9/1991, de 11 enero, se limita a dictar normas, y a fijar topes y bases de cotización de la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional con una vigencia limitada al año 1991. Consiste en lo esencial en una simple actualización de cuantías mensuales, cuya determinación constituye más que desarrollo de criterios o pautas legales, decisiones de marcada oportunidad técnica y política en una materia que, además, ha resultado deslegalizada, en la parte no cubierta por la reserva constitucional de ley que se contempla, en la Disposición final tercera del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre (Sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 9 marzo 1992 y de esta Sala y Sección de 27 junio 1995). Se sigue de todo ello que el Real Decreto impugnado no es un Reglamento ejecutivo, a efectos del artículo 22.3 de la LOCE. No hay que olvidar, por otra parte, que el sistema específico de cotización establecido para el Régimen Especial de la Seguridad Social del Mar en el artículo 11 y de la Disposición adicional Sexta del Real Decreto 9/1991 no ha innovado el ordenamiento preexistente sino que se limita a reproducir, prácticamente a la letra, el régimen ya establecido en el artículo 11 y en la Disposición adicional Sexta del Real Decreto 234/1990, de 23 febrero, no impugnado. A la luz de lo expuesto, las alegaciones sobre la falta de dictamen del Consejo de Estado deben ser rechazadas.”

Por consiguiente, a efectos de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado prevista en el artículo 22.3 de la LOCE, constituyen reglamentos ejecutivos aquellos Reales Decretos reglamentarios que responden a los siguientes rasgos definitorios: a) dictarse en ejecución o a consecuencia de una norma legal; y b) innovar, en su desarrollo, el Ordenamiento jurídico. Y, en virtud de los dos criterios enunciados, quedan excluidos de dicho concepto de reglamento ejecutivo:

1) Los Reales Decretos que tienen por objeto aclarar el contenido de una ley sin innovarla en absoluto.

2) Las normas del Gobierno que se limitan a actualizar datos de marcado carácter técnico o de oportunidad política.

3) Los reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros reglamentos (v.gr., una Orden que desarrolla un Real Decreto, supuesto que propiamente no se incluye en el objeto de estudio de esta tesis).

4) Y, finalmente, los reglamentos independientes que *extra legem* dicte el Ejecutivo simplemente para establecer normas en el ámbito organizativo interno.

Por último, conviene destacar que la Sentencia citada excluye también la intervención del Consejo de Estado en los supuestos de materias deslegalizadas, tema del que trataremos en el siguiente apartado.

D.- Contenido de los reglamentos ejecutivos.

A los efectos de intentar determinar el contenido de la noción de <<reglamento ejecutivo>> en relación con los Reales Decretos reglamentarios entiendo que ha de partirse de cuál sea la naturaleza jurídica del reglamento que dicte el Gobierno que, por sus relaciones con la Ley, puede analizarse desde una doble perspectiva, formal y material. Así, siguiendo a R. ALONSO GARCÍA¹¹, cabe distinguirse:

- 1) Desde un punto de vista **formal**, entre reglamentos del Gobierno dictados con o sin habilitación previa (pudiendo ser la habilitación expresa o tácita).

- 2) Desde un punto de vista **material**, entre reglamentos del Gobierno que desarrollan o completan el contenido de la Ley, y reglamentos del Ejecutivo que no tienen engarce, en cuanto a su contenido, con una ley o leyes concretas.

Pues bien, entiende dicho autor que la jurisprudencia viene mezclando ambas perspectivas en su definición de reglamento ejecutivo y de reglamento

¹¹ R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, pp. 16-27.

independiente. Así, entre las Sentencias del Tribunal Supremo que ponen el acento en la perspectiva material cita la Sentencia de 22 de abril de 1.974 (Ar. 1.921) que reitera literalmente lo señalado en la Moción del Consejo de Estado sobre los reglamentos ejecutivos de las leyes, aprobada por el propio Pleno en su sesión de 22 de mayo de 1.969. Excluye la Resolución judicial mencionada, desde la ya referida perspectiva material, los supuestos denominados de “**deslegalización**” y “**reglamentos delegados**”.

En cuanto a las deslegalizaciones entiende que no siempre cabe proclamar *a priori* que los reglamentos dictados con ocasión de una operación de deslegalización no tendrán contenido a desarrollar. En efecto, una deslegalización no implica necesariamente una habilitación en blanco, por lo que hay que estar tanto a los términos de la ley deslegalizadora como también a cuál sea el alcance del reglamento en relación con el contenido de la ley.

Respecto de los reglamentos delegados, afirma que por tales han de entenderse las remisiones realizadas a partir de la enunciación de principios generales y, extensivamente, las remisiones en blanco, al no existir propiamente en estos dos casos contenido material que completar y desarrollar.

M. REBOLLO PUIG¹², por su parte, se pronuncia en parecidos términos indicando que los reglamentos (los del Gobierno obviamente salvo que se trate

¹² M. REBOLLO PUIG, *El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado*, Documentación Administrativa, números 244-245, enero-agosto, 1.996, pp. 175-181.

de remisiones ejecutivas a un Ministro), por sus relaciones con la Ley, pueden ser clasificados atendiendo a dos criterios diferentes.

a) Según cuenten con una habilitación legal, autorización o remisión o carezcan de ella (*la denominada anteriormente perspectiva formal*).

b) Según su contenido material sea desarrollo de la regulación contenida en una ley o aborde una materia no regulada por la ley (*la ya referida como perspectiva material*).

Teniendo en cuenta estas dos clasificaciones y combinándolas se obtienen, en realidad, 4 categorías posibles de reglamento aplicables directamente a los Reales Decretos reglamentarios:

- 1) reglamento complementario y habilitado,
- 2) reglamento complementario y espontáneo,
- 3) reglamento <<remitido>> o <<delegado>>,
- 4) reglamento independiente.

Pues bien, entiende el citado autor que, planteada así la cuestión, las tres primeras categorías enunciadas podrían ser incluidas entre los reglamentos ejecutivos a los efectos del dictamen del Consejo de Estado exigido por el artículo 22.3 LOCE. Sin embargo, considera que respecto de la 3ª de las categorías citadas, esto es, <<los reglamentos remitidos o delegados>> (a la

que se asimila el supuesto de los reglamentos fruto de una deslegalización), la jurisprudencia no se muestra del todo unánime en cuanto a su inclusión en el concepto de <<reglamento ejecutivo>>. Así, en concreto, afirma que se observan en la doctrina jurisprudencial las siguientes posiciones doctrinales:

1) Frecuente exclusión de los reglamentos <<remitidos>> o <<delegados> que son resultado de una habilitación legal en blanco, de modo que sólo los reglamentos que desarrollan una regulación material contenida en una norma legal son realmente ejecutivos y sólo ellos requieren el dictamen del Consejo de Estado. Ésta es la posición que parece mantener la tan citada Moción del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1.969 al decir que <<los Reglamentos ejecutivos se distinguen, por otra parte, no sólo de los Reglamentos “independientes”, sino además de otras figuras como los... “Reglamentos delegados”>>. El Tribunal Supremo, no obstante, se muestra vacilante:

a) Numerosas sentencias excluyen de la noción de reglamentos ejecutivos los reglamentos basados en una remisión/habilitación legal en blanco [SSTS de 22 de abril de 1.974 (Ar. 1.921), 23 de junio de 1.978 (Ar. 1.628), 10 de mayo y 16 de junio de 1.979 (Ar. 3.744 y 3.750 de 1.992), 22 de octubre de 1.981 (Ar. 4.634), 4 de febrero de 1.982 (Ar. 834), 10 de diciembre de 1.982 (Ar. 7.955), 11 de mayo y 17 de noviembre de 1.993 (Ar. 3.610 y 8.220), 9 de julio de 1.993 (Ar. 6.187), 8 de julio de 1.994 (Ar. 5.677), y 9 de febrero de 1.996 (Ar. 1.812)].

b) En otras ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado ejecutivos a los efectos del artículo 22.3 LOCE a los reglamentos que no encontraban en la Ley una regulación material que desarrollar. Así puede entenderse, aunque no

siempre con una argumentación explícita, en las Sentencias de 23 de diciembre de 1.991 (Ar. 303 de 1.992), 1 de octubre de 1.985 (Ar. 4.530), 27 de diciembre de 1.976 (Ar. 6.041), 17 de noviembre de 1.975 (Ar. 4.402).

2) Exclusión de los reglamentos aprobados tras una deslegalización.

La Moción del Consejo de Estado de 1.969 también excluía de la noción de reglamento ejecutivo a estos reglamentos al señalar que:<<Tampoco son reglamentos ejecutivos...las disposiciones emanadas de la Administración que regulan materias anteriormente ordenadas por la ley, pero que han quedado degradadas genéricamente y por tiempo indefinido por una disposición de rango legal...En estos supuestos de degradación normativa de una materia o deslegalización, los Reglamentos que se dicten *no suelen ser por regla general ejecutivos*, porque no desarrollan, ni completan, ni detallan o ejecutan otros preceptos legales>>.

Igual criterio ha expresado el Tribunal Supremo, así v.gr. en la Sentencia de 15 de marzo de 1.994 (Ar. 2.178).

La Sentencia de 27 de diciembre de 1.976 entendió que, por el contrario, era necesario el dictamen del Consejo de Estado con el argumento de que <<si es inexcusable en los propios reglamentos ejecutivos para velar porque estos textos respeten la normativa superior, también lo es en los reglamentos que responden a una norma deslegalizadora...que aunque asigne a la potestad de la Administración un marco más flexible, no implica una autónoma potestad carente de todo condicionamiento normativo superior>>.

A este respecto, el citado autor mantiene que, en cuanto a los reglamentos dictados con ocasión de una deslegalización, es posible y hasta frecuente, que estén condicionados a desarrollar otra ley distinta de la deslegalizada; es decir, que el reglamento, aunque pueda modificar una ley anterior, esté preordenado a contener sólo el desarrollo de una nueva ley, de manera que sea ejecutivo a los efectos del artículo 22.3 LOCE, así por ejemplo, lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1.986 (Ar. 15). Por consiguiente, no tiene justificación una exclusión total de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado para los reglamentos dictados previa deslegalización: dependerá de que, al margen de ello, tal reglamento merezca o no la calificación de ejecutivo conforme a criterios distintos.

En este punto, las sentencias objeto de investigación se limitan a poner de manifiesto la existencia de posiciones doctrinales divergentes sin pronunciarse abiertamente por ninguna. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 4ª, de 28 de enero de 1.997 (Ar. 1.220. Ponente: A. MARTÍ GARCÍA), que en su F.J. 4 declara:

“Este mismo criterio se recoge en la Sentencia de la Sala Tercera, Sección Cuarta del Tribunal Supremo de 27 noviembre 1995, cuando se indica «sobre la condición del Reglamento ejecutivo a la que se vincula el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado, también se observan alguna divergencias jurisprudenciales: Mientras en unas ocasiones se atiende a una concepción material, comprendiendo en el concepto aquellos reglamentos que de forma total o parcial completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia,

en otras se da cabida también, en una perspectiva formal, a los reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Resultarían, por tanto, excluidos del informe preceptivo del Consejo de Estado únicamente los proyectos ya informados que son objeto de alguna modificación no esencial (Sentencia Tribunal Supremo de 22 febrero 1988, invocada), los reglamentos independientes autónomos o «preter legem» y en especial, los reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno y los Reglamentos de necesidad».”

Entiendo que, en última instancia, el carácter ejecutivo o no de un reglamento del Gobierno en los supuestos debatidos (reglamentos resultantes de una remisión en blanco o de una deslegalización) se condiciona a que, a pesar de su carácter formal de reglamentos legalmente habilitados, su contenido normativo exija una conformidad con la ley habilitante o con otras normas legales lo que, en definitiva, obliga a atender a una perspectiva material para otorgar o no dicha calificación.

E.- Límites en el desarrollo de la Ley.

Dos son las posiciones jurisprudenciales que pueden destacarse en atención a los límites que tengan los Reales Decretos reglamentarios de carácter <<ejecutivo>> en el desarrollo de la Ley, posiciones que no tienen

que ser por sí mismas necesariamente contradictorias y que pueden explicitarse en los siguientes términos:

1) Para la primera de las líneas jurisprudenciales, los reglamentos ejecutivos del Gobierno habrán de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la ley que desarrollan y, por otra parte, **no podrá incluir más de lo que sea estrictamente indispensable** para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior. A este respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.997 (Ar. 6.092 y 6.093. Ponente: C. MOVILLA ÁLVAREZ), en sus FF.JJ. 7 y 4, respectivamente, declaran:

“En principio no cabe dudar de la habilitación legal a la Administración para regular determinados aspectos del transporte funerario, ya que el artículo 66 de la LOTT, después de definir en el párrafo segundo cuáles son los transportes especiales considerando como tales aquellos en los que por razón de su peligrosidad, urgencia, incompatibilidad con otro tipo de transporte, repercusión social u otras causas similares, están sometidos a normas administrativas especiales, establece en el párrafo tercero que «la determinación concreta de los transportes de carácter especial, *así como el establecimiento de las condiciones específicas aplicables a cada uno de los mismos, se realizarán por las normas de desarrollo de la presente Ley*» y considerando en todo caso al transporte funerario como uno de los transportes especiales.

Sin embargo, esta llamada al Reglamento para que entre a normar los aspectos de desarrollo o complementarios del transporte funerario no significa una cobertura legitimadora de todo lo que disponga aquél en dicha materia, al tratarse de **una norma complementaria en un doble sentido: de una parte, habrá de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena**

efectividad de la ley que desarrolla, y por otra parte no podrá incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior. **Esta doble virtualidad del criterio del complemento** ha sido puesta de relieve en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 30 noviembre 1961, 14 mayo, 4 julio y 27 septiembre 1962 y 6 julio 1972.

Habrá, pues, que examinar si el cuestionado artículo 139.3 del RLOTT, que se dicta en aplicación del artículo 66 de la LOTT, cumple con esos requisitos a las que se deja hecho referencia o, por el contrario, «*limita los derechos, las facultades y las posibilidades de actuación contenidas en la ley*» -SSTS 5 y 14 mayo y 6 julio 1972 y 19 junio 1967 -, al tener como misión establecer las reglas o normas precisas para la puesta en práctica de los preceptos de la ley pero sin contener nuevos mandatos y, menos aún, restrictivos de los derechos y facultades contenidos en el Texto Legal.”

El Real Decreto que aprueba un reglamento ejecutivo, por consiguiente, se ha de ceñir a ser <<el complemento indispensable de la ley que desarrolla>>. Opera como una norma complementaria en un doble sentido: de una parte, habrá de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrolla, y por otra parte no podrá incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior. Y en este último sentido, ciertamente restrictivo de su contenido, no podrá contener nuevos mandatos y, menos aún, limitativos de los derechos y facultades contenidos en la ley que desarrolla.

2) La segunda línea jurisprudencial, por el contrario, interpreta la idea del reglamento ejecutivo como <<complemento indispensable de la ley>> en un sentido extensivo, de modo que el Real Decreto que contenga una norma reglamentaria ejecutiva **puede explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas y aclarar preceptos de la ley que sean imprecisos**. Así pues, el reglamento del Gobierno puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley desarrollando reglas legales enunciadas y aclarando preceptos legales imprecisos, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del Ordenamiento jurídico. Por ello, los Tribunales cuando se cuestionan la validez de un reglamento aprobado por el Consejo de Ministros o de alguno o algunos de sus preceptos deben ponerlo en relación con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la ley que desarrollen), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta completa el sistema jurídico vigente. Dicha argumentación aparece recogida en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.369, F.J. 1), 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236, F.J. 1), 11 de junio de 1.991 (Ar. 4.874, F.J. 3), 18 de marzo de 1.993 (Ar. 1.772, F.J. 1), 21 de junio de 1.994 (Ar. 5.248, F.J. 2), 14 de octubre de 1.996 (Ar. 8.641, F.J. 1) y 5 de diciembre de 1.996 (Ar. 9.256, F.J. 1).

Finalmente cabe citar, como síntesis de las posiciones jurisprudenciales mencionadas en cuanto al límite en el desarrollo de los reglamentos ejecutivos dictados mediante la aprobación de Reales Decretos reglamentarios, la Sentencia de 2 de febrero del 2.000 (Ar. 319. Ponente: O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ) que, en su F.J. 1º, declara:

“Desde este momento inicial debe tenerse presente que el Reglamento es consecuencia de la disposición adicional segunda de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que faculta al Gobierno para dictar las normas reglamentarias que requieran el desarrollo y aplicación de esta Ley. Existiendo esta habilitación, la potestad reglamentaria no puede quedar constreñida a la simple reproducción y aclaración de la norma delegante, ya que entonces su función sería efímera, sino que ha de complementarla en la medida que sea indispensable para que aquélla adquiera su plena efectividad. Este complemento indispensable constituye, por tanto, el límite máximo de la norma delegada, que sería contraria al principio de jerarquía normativa, si impusiera restricciones o privaciones no establecidas, explícita o implícitamente, en la delegante. Ahora bien, para determinar cuál ha de ser el complemento indispensable del reglamento, no basta acudir a lo expresamente previsto en la Ley habilitante; sino que ha de tenerse en cuenta, en primer término, la finalidad que se persigue con su dictado y, en segundo lugar, cuál es el marco en que dicha Ley se dicta.

En este sentido, es muy expresiva su exposición de motivos cuando señala que «incorpora los criterios establecidos en las disposiciones comunitarias», y no sólo las vigentes, sino también las que están en proyecto. Según esto, nada impide que a través del reglamento de desarrollo, se trasladen al derecho español estos criterios que, aunque no se hayan explicitado en la Ley, están inmersos en la misma y responden a principios asumidos ya en el derecho europeo, en que la Ley se inserta. Sería ilógico declarar la nulidad de preceptos del reglamento, que recogen disposiciones comunitarias, por infracción del principio de jerarquía normativa, cuando es la propia Ley habilitante la que está señalando en su preámbulo el marco normativo en que se mueve.

Por consiguiente, en el desarrollo y aplicación de la Ley, la potestad reglamentaria del Gobierno no puede quedar constreñida a la simple reproducción y aclaración de la norma delegante, ya que entonces su función sería efímera. El límite máximo de desarrollo de los reglamentos ejecutivos, en el presente caso estudiados en relación con los Reales Decretos, se encuentra efectivamente en regular todo lo que sea el <<complemento indispensable de la ley>> en el sentido de que la norma reglamentaria no puede imponer restricciones no establecidas ni queridas por el legislador. Pero para determinar dicho ámbito máximo de regulación ha de acudirse no sólo al texto de la ley que desarrolla, sino también a su finalidad y al marco normativo en el que el reglamento se inserta.

F.- La utilidad de la categoría de los reglamentos ejecutivos en el estudio de los Reales Decretos reglamentarios.

Para el autor del presente trabajo, el estudio de la categoría jurídica de los <<reglamentos ejecutivos de ley>> tiene una relevancia de primer orden para conocer el funcionamiento correcto del régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios. Dicha afirmación se comprende con claridad si tenemos en cuenta las consecuencias que se derivan del otorgamiento de dicha calificación a un proyecto de norma que haya de aprobarse por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto:

1.- Para el procedimiento de elaboración de la norma proyectada, pues habrá de ser sometida a consulta de la Comisión Permanente del Consejo de

Estado a efectos de que emita el preceptivo dictamen sobre su legalidad, acierto y oportunidad.

2.- Desde el punto de vista de su contenido, pues al ser considerado ejecutivo, su regulación habrá de ser el complemento indispensable de la norma legal, innovando el Ordenamiento jurídico pero sin imponer restricciones no establecidas ni queridas por el legislador.

Pero además, una vez aprobada la referida disposición general del Ejecutivo, los destinatarios del Real Decreto habrán de realizar obligatoriamente un análisis jurídico del texto reglamentario para llegar a la conclusión de si otorgan o no dicho calificativo al reglamento del Gobierno. En caso de una respuesta afirmativa, podría ser procedente:

1.- La incoación de un procedimiento de revisión de oficio en vía administrativa o la impugnación directa o indirecta del reglamento ante la jurisdicción contencioso-administrativa por defectos en el procedimiento de elaboración al omitirse trámites esenciales como el referido dictamen del Consejo de Estado o bien por defectos sustantivos al infringir la ley que desarrolla.

2.- El que la interpretación del reglamento ejecutivo que dicte el Gobierno haya de realizarse necesariamente en conexión con la norma legal que le sirve de fundamento tanto para la ordenación sistemática de su

contenido como para atender al espíritu y finalidad de aquélla en su aplicación jurídica.

Y, en definitiva, el conjunto de consecuencias derivadas de la determinación como <<ejecutivo>> de un reglamento del Gobierno se aprecia en toda su profundidad si se considera que los Reales Decretos reglamentarios constituyen el principal instrumento normativo previsto en nuestro Derecho para desarrollar las leyes aprobadas por las Cortes Generales.

2.- LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES O PRAETER LEGEM (EXTRA LEGEM).

A. Doctrina general.

Como afirma J.M. BAÑO LEÓN¹³, en España, la evolución de la figura del reglamento independiente es ante todo pragmática, con planteamientos muchas veces cercanos a la doctrina francesa. Recordamos, a este respecto, que la norma reglamentaria es en Francia el reglamento de ejecución de las leyes. No hay en la preocupación republicana muy influida por la concepción roussoniana de la Ley, un sitio para el reglamento independiente: incluso el reglamento ejecutivo tiene un carácter marcadamente mecanicista. No obstante, durante el siglo XIX, el Presidente de la República dictará reglamentos carentes de autorización del Legislativo, v.gr. en el ámbito de la

¹³ J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 169 y 174.

policía y los servicios públicos. M. HAURIOU, ESMEIN, L. DUGUIT¹⁴ intentarán justificarlos más por razones pragmáticas que jurídicas. Es así como nace la tesis de que el Ejecutivo tiene un ámbito de poder normativo propio que no necesita de autorización de ley.

Durante el siglo XIX, el tema aparece prácticamente inédito en la doctrina española. Las Constituciones españolas desde 1.812 reiteran la consideración de la potestad reglamentaria como ejecutiva de las leyes. Los autores clásicos (A. OLIVAN, M. COLMEIRO) parecen reconocer un ámbito de normación reglamentaria al Gobierno aunque no esté expresamente mencionado en la Ley. J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT¹⁵, por su parte, afirman que es, sin embargo, en la primera doctrina del siglo XX (A. POSADA, J. GASCÓN y MARÍN, y A. ROYO-VILLANOVA) donde la fórmula consagrada en las Constituciones de ejecución de las leyes obtiene una interpretación más extensiva. Así para A. POSADA la fórmula significaba que el reglamento no podía modificar la ley ni violar los derechos fundamentales mientras que A. ROYO-VILLANOVA entendía que el fundamento de los reglamentos independientes se encontraba en una costumbre constitucional que permitía al Ejecutivo dictar normas reglamentarias en materias no reservadas a la Ley o que no tuvieran su rango congelado a nivel legislativo.

¹⁴ J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 169. El autor refiere que M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 5ª ed., página 54, habla de <<poder espontáneo>>.

¹⁵ J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, número 188, octubre-diciembre, 1.980, p. 203.

En la doctrina española actual existen profundas discrepancias respecto a la existencia de reglamentos independientes después de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978. Así, mientras A. GARRORENA, J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, F. SAINZ MORENO y J. SALAS HERNÁNDEZ, la niegan; otro grupo, entre los que incluyo a F. GARRIDO FALLA, M. BAENA DEL ALCÁZAR, L. SÁNCHEZ AGESTA, J. DE ESTEBAN ALONSO y L. LÓPEZ GUERRA, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, y M. BASSOLS COMA, admiten los reglamentos independientes en nuestro Ordenamiento¹⁶.

En este punto conviene recordar, como destaca B. COLOM PASTOR, que el proceso de elaboración del texto constitucional de 1.978 confirma la existencia del reglamento independiente en nuestro Ordenamiento jurídico. En efecto, el Anteproyecto de Constitución contenía tres artículos referidos a la potestad reglamentaria del Gobierno, el 72, el 79 y el 95. Éste último, con una redacción igual a la del actual artículo 97 en materia reglamentaria establecía que: <<El Gobierno (...) ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la

¹⁶ B. COLOM PASTOR, *Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 40, enero-marzo, 1.984, p. 240. El autor facilita las siguientes referencias bibliográficas: A. GARRORENA, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1.980. pág. 101; J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *principios de Derecho administrativo*, T. I, Madrid, 1.982, Universidad de Madrid, págs. 224 y 225; F. SAINZ MORENO, *Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes*, <<REDA>>, núm. 20, pág. 124 y ss.; J. SALAS HERNÁNDEZ, *Los poderes normativos de la Generalidad de Cataluña*, <<REVI>>, núm. 205, enero-marzo de 1.980; F. GARRIDO FALLA, *Las fuentes del Derecho en la Constitución española*, en <<La Constitución española y las fuentes del Derecho>>, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.979, p. 40; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución*, en <<La Constitución y fuentes del Derecho>>, Vol. I, op. cit., p. 304; L. SÁNCHEZ AGESTA, *La jerarquía normativa en la Constitución*, en <<La Constitución y las fuentes del Derecho.>>, op. cit., pag. 1.906; J. DE ESTEBAN ALONSO y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, Vol. II, Labor Universitaria, Barcelona, 1.984, p. 246; J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, <<RAP>>, núm. 87, p. 189 y ss.; M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, <<RAP>>, número 88, enero-abril, 1.979, p. 130.

Constitución y las leyes...>>. El artículo 72, por su parte, preveía una serie de materias reservadas a Ley: <<Son materias propias de la ley...>> (a las que seguía una tabla).

De otro lado, el artículo 79 contenía una reserva reglamentaria sobre todas las materias no reservadas a la ley o atribuidas a las Comunidades Autónomas, denominadas a la sazón Territorios Autónomos:

“<<...1. Corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno la regulación de las materias no reservadas a la ley, sin perjuicio de lo previsto en el título VIII.

2. En caso de duda sobre el carácter legislativo o reglamentario de una norma, y previo dictamen de la Comisión de Competencia Legislativa del Congreso y del Consejo de Estado, resolverá el Tribunal Constitucional...>>”

Por consiguiente, de haberse aprobado en estos términos la Constitución, en lugar de hablar de reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes, ahora hablaríamos de reglamentos ejecutivos y autónomos. Es decir existirían unas materias sobre las cuales la Ley no hubiera podido entrar en virtud de la reserva reglamentaria, aunque en el Anteproyecto constitucional esta reserva no era rígida, merced a lo dispuesto en el apartado O) del artículo 72 del Anteproyecto. El mencionado artículo dice así: <<...son materias propias de ley (...) cualquier otra materia cuya regulación sea acordada por mayoría absoluta del Congreso...>>.

El informe de la ponencia suprimió los artículos 72 y 79 en sus apartados 1 y 2. Debiendo concluirse, según el referido autor, que:

1º Desaparece en el Proyecto de Constitución la reserva reglamentaria al ser suprimidos de los artículos 72 y 79 los referidos apartados.

2º La potestad reglamentaria se describe en el artículo 90 del Proyecto en iguales términos que como hacía el artículo 95 del Anteproyecto, siendo recogido finalmente en el artículo 97 del texto definitivo.

3º Al referirse las enmiendas presentadas a una potestad reglamentaria general (Grupo Mixto) y a una potestad reglamentaria de organización administrativa, amén de la típica de ejecución de las leyes (Grupo Socialista), podemos llegar a la conclusión de que el reglamento independiente no ha desaparecido de nuestro Ordenamiento.

B.- El concepto de reglamento independiente.

La mayoría de los autores se pronuncian pues decididamente a favor de la existencia del reglamento independiente en nuestro Ordenamiento jurídico, existiendo, no obstante, una viva polémica sobre cuál sea el ámbito de tales reglamentos, cuestión que, en última instancia, entiendo que se encuentra muy ligada a la determinación del concepto mismo de reglamento independiente.

Por otro lado, en la delimitación de las potencialidades normativas del reglamento independiente se están discutiendo los límites constitucionales del

poder de la Administración, de ahí la trascendencia de la cuestión. Pues bien, siguiendo en este punto al profesor J.M. BAÑO LEÓN¹⁷, pueden resumirse en tres las posiciones mantenidas por la doctrina española:

1) En primer lugar, la de aquéllos que reducen el ámbito del reglamento independiente a la esfera interna de la Administración. Dentro de esta posición destacan E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT¹⁸ que restringen la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas a la organización, las relaciones especiales de poder y las prestaciones de servicios. Ha de aclararse, sin embargo, que estos dos últimos autores acotan dicha parcela material partiendo de la consideración de que el ámbito propio y específico de la potestad reglamentaria del Gobierno (o, lo que es lo mismo, del reglamento independiente) tiene carácter residual ya que alcanza aquellas materias no reservadas a la Ley ni material ni formalmente. Y precisamente, dicho razonamiento es el que caracteriza al siguiente grupo de autores.

2) En efecto, en segundo término, pueden citarse los autores que admiten el reglamento independiente en todas aquellas materias no

¹⁷ J.M. BAÑO LEÓN, *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo I*, <<Los ámbitos del reglamento independiente>>, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 421.

¹⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, 2.002, pp.184-190; J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, núm. 188, octubre-diciembre, 1.980, p. 213 y ss.

específicamente reservadas a la Ley por la Constitución, o bien que no hayan sido congeladas en su rango por una previa disposición legal. En este grupo doctrinal pueden incluirse la mayoría de los autores : M. BASSOLS COMA, M. BAENA DEL ALCÁZAR, I. DE OTTO, J. DE LA CRUZ FERRER y F. GARRIDO FALLA¹⁹. Así, por ejemplo, M. BASSOLS COMA afirma la existencia de potestad reglamentaria independiente del Gobierno donde exista una reserva impropia de ley (v.gr., en el Capítulo III, del Título I, sobre los Principios Rectores de la Política Económica y Social, aunque entiende que se trataría siempre de reglamentos *intra legem*). I. DE OTTO, por su parte, justifica su posición fundamentando las relaciones entre ley y reglamento en los principios de jerarquía y de reserva de ley.

3) En tercer lugar, se encuentran quienes restringen el reglamento independiente a aquellas materias que no afecten ni a las reservas específicas de la ley ni al principio general de reserva (la llamada <<cláusula general de protección de la propiedad y la libertad individual>>) que excluye que el reglamento sin autorización legal pueda afectar a las materias que atañen a la libertad de acción de los particulares (J.A. SANTAMARÍA PASTOR, J.M. BAÑO LEÓN, J. TUDELA ARANDA²⁰).

¹⁹ M. BASSOLS COMA, Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución, Revista de Administración Pública, número 88, enero-abril, 1.979, p. 130; M. BAENA DEL ALCÁZAR, Las fuentes del Derecho y la Constitución, La reserva de ley y la potestad reglamentaria en la nueva Constitución, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.979, p. 304; I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1.987, pp. 157-158; en relación con I. DE OTTO ver también a F. RUBIO LLORENTE, Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, septiembre-diciembre, 1.993, pp. 19 y 20; J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la Discrecionalidad en la Potestad Reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 116, mayo-agosto, 1.988, pp. 72-77 ; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Tecnos, 13ª edición, Madrid, 2.002, p. 276.

²⁰ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pp. 776-783; J.M. BAÑO LEÓN, *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo I*, <<Los ámbitos del reglamento independiente>>, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 421, y *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 186; J. TUDELA ARANDA, La Ley y el Reglamento en el Derecho del Turismo, Documentación Administrativa números 259-260, enero-agosto, 2.001, p. 104. M. GÓMEZ

Como señala J.M. BAÑO LEÓN²¹, después de repasar las reservas de ley establecidas en la Constitución española (derechos fundamentales, reserva de ley presupuestaria y reservas de ley orgánico-institucionales de la actividad administrativa), el panorama -se admita o rechace el reglamento independiente- es claro: la Administración pública está atada en la mayoría de las materias por el marco que le ofrezca la Ley. Realmente hablar con esta perspectiva de los peligros de una Administración que actúe sin la obligada referencia de una ley previa es cuando menos exagerado. No hay ningún ámbito en el que la Administración pueda actuar sin estar de manera directa o indirecta limitada por la Ley. Lo está siempre en cuanto al procedimiento, así como en la cobertura de sus gastos, sin contar con los límites derivados de los derechos fundamentales.

Existen, por consiguiente, posturas divergentes entre los autores de la doctrina administrativa sobre cual sea el alcance del reglamento independiente. El Tribunal Constitucional, por su parte, se ha limitado a declarar en cuanto a la admisibilidad constitucional del reglamento independiente, en la Sentencia 108/1.986 de 29 de julio, F.J. 24 (Ponente: A. LATORRE SEGURA) que <<no hay, por tanto, razones suficientes para admitir la limitación objetiva de la potestad reglamentaria...>>. Y, por último, he de señalar que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo abundan las declaraciones favorables al reglamento independiente fundándose pura y

PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano (Navarra), 2.000, p. 324, podría incluirse en este último grupo si bien llega a afirmar que el ámbito material del reglamento independiente sería tan limitado que no cree que el constituyente tuviera realmente la intención de reconocerlo.

²¹ J. M. BAÑO LEÓN, *Los Límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 193-196.

simplemente en que el reglamento cae dentro del ámbito competencial de la correspondiente <<Administración pública>> (v.gr., SSTs de 24 de noviembre de 1.980, Ar. 4.597; 8 de junio de 1.982, 30 de noviembre de 1.983, Ar. 6.849; 24 de mayo de 1.984, Ar. 3.132; 20 de diciembre de 1.988, Ar. 9.416).

Pues bien, en mi opinión, en la situación actual de la doctrina y jurisprudencia descrita, parece razonable sostener la idea mantenida por la mayoría de los autores de Derecho Administrativo consistente en delimitar el ámbito propio de los reglamentos independientes con carácter residual, esto es, adjudicándole al Gobierno como potestad propia aquellas materias respecto de las que no exista una reserva constitucional de ley o que no hayan sido reguladas ya por el legislador. La tesis de la cláusula general de la reserva de ley para todo lo que atañe a la libertad y la propiedad individuales no deja de ser en la actualidad una simple teoría científica. Para que una conclusión de tal alcance tuviera eficacia jurídica en nuestro Derecho debería haberse pronunciado en tal sentido el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

En cuanto a la determinación concreta de la noción de reglamento independiente, J.M. BAÑO LEÓN²² lo define como <<el que dicta la Administración sin que le autorice previamente una ley>>. En parecidos términos se pronuncia R. ALONSO GARCÍA²³ al afirmar que son <<los dictados sin una habilitación legal que no desarrollan el contenido de la ley>> y J.M.

²² J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 164.

²³ R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, p. 28.

BOQUERA OLIVER²⁴ quien sostiene que los mismos <<ordenan la conducta de sus destinatarios cuando las leyes no lo hacen en una determinada materia>>.

El concepto de reglamento independiente resulta pues claramente perceptible en las definiciones facilitadas y, como ya advertí, se encuentra íntimamente ligado con la delimitación de qué áreas normativas sean propias de la potestad reglamentaria del Gobierno. Pero, a su vez, el concepto expuesto de reglamento independiente permite diferenciarlo nítidamente de otras figuras afines como el reglamento autónomo. Así, el propio J.M. BAÑO LEÓN²⁵ afirma que el reglamento independiente se diferencia:

1) Del reglamento autónomo, por cuanto éste último supone la atribución a la Administración de un campo material exclusivo que el legislador no puede invadir, mientras que la potestad reglamentaria independiente es compatible con la primacía absoluta de la Ley en cualquier ámbito.

²⁴ J.M. BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, p. 11.

²⁵ J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 164-165.

Por lo demás, la referida definición de reglamento autónomo es la mantenida tradicionalmente por la doctrina española (así v.gr., M.F. CLAVERO ARÉVALO²⁶, A. EMBID IRUJO²⁷, J.L. PALMA FERNÁNDEZ²⁸).

2) Del reglamento que es producto de una habilitación en blanco del legislador pues, respecto de tales reglamentos, los Tribunales ordinarios no pueden invalidar la habilitación –salvo la cuestión de inconstitucionalidad– mientras que, en los reglamentos independientes, el juez de lo contencioso-administrativo interpreta directamente los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, anulándolos si estima que requieren de una ley previa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, objeto de la investigación realizada en torno a los Reales Decretos reglamentarios, muestra dos corrientes en la determinación del concepto de reglamento independiente. Así:

1) Un primer grupo de Sentencias, opta por definir el reglamento independiente como aquél que es consecuencia del ejercicio de la potestad originaria del Gobierno, es decir, derivada directamente de la Constitución. En

²⁶ M.F. CLAVERO ARÉVALO, *¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho Español?*, Revista de Administración Pública, número 62, mayo-agosto, 1.970, p. 11.

²⁷ A. EMBID IRUJO, *Potestad reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 105. El citado autor señala como ejemplo único en España de reglamentos autónomos las normas que dictan los denominados <<territorios históricos>> (las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) de conformidad con el artículo 37 del Estatuto del País Vasco.

²⁸ J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *Reglamentos autónomos en España*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 87, julio-septiembre, 1.995, p. 339.

todo caso, el reglamento independiente ha de respetar los principios generales del Derecho y actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de la Sección 4ª, Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236), F.J. 1, y 18 de marzo de 1.993 (Ar. 1.772), F.J. 1. Ponente de ambas: E. ESCUSOL BARRA. La primera de las Resoluciones judiciales declara [F.J. 1º]:

“Dentro de la tipología de los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia, en nuestra Patria, reconoce los reglamentos independientes. El concepto de los reglamentos independientes y su engarce con la Ley, ha sido una de las cuestiones -y sigue siéndolo- latentes necesitada de clarificación. A veces, se adoptó una posición decidida para expresar el reconocimiento de dichos reglamentos, por la existencia de una laguna legal: expresarse así, era tanto como verter un concepto impreciso, por lo que tal postura debía ser superada. Y la superación de tal postura late en la doctrina y en la jurisprudencia muy significadamente a partir de la Constitución de 1978. Ciñéndonos a la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo como las de 4-2-1982, 18-3-1985, 19-6-1985, 29-10-1986 y 12-11-1986, se adscribieron a la corriente doctrinal que señalaba la irrelevancia de la falta de habilitación legal en los reglamentos independientes; por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17-10-1985 y 31-10-1986, expresaron ya el engarce del reglamento independiente con la Ley. Hoy, no debe haber inconveniente en definir el reglamento independiente como aquel que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente de la Constitución) y que permita, por ello, llenar el vacío legal que en un momento determinado pueda aparecer.”

Pero admitido el reglamento independiente, la cuestión que enseguida aparece es la de en qué supuestos es admisible válidamente tal reglamento. **Se suele decir** que los reglamentos independientes son propios de la materia organizativa en cuanto competencia típicamente administrativa, y que, por ello,

sólo pueden dictarse «ad intra», en el campo propio de la organización administrativa y en el de relaciones de especial sujeción [Sentencias del Tribunal Supremo de 11-4-1981, 27-3-1985, 19-6-1985 y 31-10-1986]. Y se suele señalar que tales reglamentos no afectan directamente a los ciudadanos: esto no es exacto en términos absolutos. La Administración, como proclama el art. 103.1 de la Constitución, ha de servir, con objetividad, los intereses generales y ha de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; por ello, un reglamento organizativo de servicios, en la medida en que ampara un actuar eficaz y coordinado, redundará positivamente en favor de los intereses generales y, en definitiva, de los ciudadanos.”

Para dicha posición doctrinal, por lo tanto, el reglamento independiente es tal porque supone un ejercicio de la potestad reglamentaria originaria (o derivada directamente de la Constitución) otorgada al Gobierno en el artículo 97 CE que permite llenar el vacío legal que en un momento determinado puede existir. Y la consecuencia de dicha teoría es la de que sólo el Gobierno puede dictar reglamentos independientes a través de Reales Decretos porque sólo él es titular de la potestad originaria.

2) Otro grupo de Sentencias del Tribunal Supremo define el reglamento independiente, en conexión con la doctrina científica ya citada (J.M. BAÑO LEÓN, R. ALONSO GARCÍA, J.M. BOQUERA OLIVER), como aquél que regula materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de ley. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de la Sala 3ª, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1.996 (Ar. 1.812), F.J. 2; y 25 de julio de 1.996 (Ar. 6.345), F.J. 2 (Ponente de ambas: F. CID FONTÁN) ; y 28 de enero de 1.997 (Ar. 534, cuyo

ponente es el propio E. ESCUSOL BARRA). En concreto, esta última Sentencia afirma [F.J. 3º]:

“2.^a) Los reglamentos independientes, por el contrario regulan materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de Ley: de ahí que la doctrina científica más cualificada enseñe que los reglamentos independientes sirven para regular todo lo relativo a la organización administrativa, así como para regular el ejercicio de poderes que a la Administración les esté conferidos discrecionalmente. Los reglamentos independientes tienen como límites los derivados de su propia naturaleza: por ello, este tipo de reglamentos no pueden modificar ni derogar el contenido de una Ley, ni el contenido de otros reglamentos de mayor jerarquía. Ni tampoco los reglamentos independientes pueden limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas.

3.^a) La Jurisprudencia ha confirmado que los reglamentos independientes, son tales por no hallarse comprendidos en el ámbito de la reserva de Ley (SSTS 10 marzo 1982, 12 febrero 1986 y 12 noviembre 1986, entre otras).”

En opinión del autor de la presente investigación, la segunda posición jurisprudencial que considera que son reglamentos independientes aquéllos que no están comprendidos en el ámbito de una reserva de ley, lleva a las mismas conclusiones que la primera siempre que se interprete la expresión <<reserva de ley>> como reserva tanto material como formal de ley. Y ello porque, en definitiva, el Gobierno sólo puede ejercer su potestad reglamentaria originaria sin habilitación legal expresa o tácita en aquellos ámbitos que no se encuentran legislados.

En todo caso, resulta especialmente significativo que la determinación de qué se entienda por reglamento independiente en ambas líneas de jurisprudencia parte de una perspectiva formal que trata de delimitar el concepto a partir, bien de las condiciones de ejercicio de la potestad reglamentaria o bien de la regulación existente en la materia. Únicamente, de manera indicativa la primera de las Sentencias citadas alude incidentalmente a las materias que pueden ser reguladas por el reglamento independiente señalando que suelen regular materias organizativas o relaciones de sujeción especial. Con ello, entiendo que en buena medida se reducen los límites del debate existente dentro de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

C.- Innecesariedad del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del reglamento independiente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene confirmando que, en la elaboración de los reglamentos independientes, no es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado por lo que en tales casos no puede hablarse de vulneración del artículo 22.3 LOCE 3/1.980, de 22 de abril. A este respecto, pueden citarse las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1.992, F.J. 4 (Ar. 662); 27 de enero de 1.992 (Ar. 681), F.J. 4; Sentencias de 20 de mayo de 1.993 (Ar. 3.418, 3.420, 3.421) en sus respectivos FF.JJ. 3, 4 y 2; de 15 de julio de 1.993 (Ar. 6.194), F.J. 2; 6 de noviembre de 1.995 (Ar. 8.165), F.J. 1; 9 de febrero de 1.996 (Ar. 1.812), F.J. 2; 25 de julio de 1.996 (Ar. 6.345), F.J. 2; y 29 de enero de 1.997 (Ar. 534), F.J.

2. En concreto, la Sentencia de la Sección 3ª de 25 de julio de 1.996 (Ponente: F. CID FONTÁN) declara [F.J. 2]:

“...por tanto se trata de un reglamento de los llamados independientes, según se desprende de su texto y contenido que contiene una disposición organizativa, y por tanto conforme a las más modernas posiciones doctrinales admitidas por este Tribunal Supremo en Sentencias de 7 mayo 1987, 11 febrero 1992, 19 abril 1993 y 14 mayo 1993, entre otras, nos encontramos en presencia de un Reglamento independiente, que a diferencia de los ejecutivos que se dictan en cumplimiento y desarrollo de una Ley anterior, los independientes son «preter legem», es decir se dictan prescindiendo de cualquier Ley anterior y precisamente por su ausencia, para regular una materia que por no estar reservada a la Ley formal, corresponde su regulación al Ejecutivo por vía Reglamentaria, cumpliendo una función normativa, y de acuerdo con dicha doctrina, especialmente recogida en la Sentencia de 16 junio 1989 de la Sala Especial del art. 61 LOPJ en el recurso extraordinario núm. 27/1988, la omisión del dictamen del Consejo de Estado no conlleva ningún efecto anulatorio, pues se trata de una disposición de carácter general plenamente independiente y procede rechazar el motivo de impugnación examinado.”

Para quien aborda el presente trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada sobre los reglamentos independientes aprobados por Real Decreto, en este punto, merece las dos siguientes observaciones:

1) La jurisprudencia examinada no hace sino aplicar lo dispuesto en el artículo 22.3 LOCE que se limita a exigir el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado respecto de los reglamentos o disposiciones que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones. Los reglamentos independientes carecen de toda relación directa con una norma legal de modo que podrían calificarse más que <<*praeter legem*>> como <<*extra legem*>>.

2) Lo anterior, sin embargo, no impide que si el Gobierno desea someter a consulta del Consejo de Estado el proyecto de un reglamento independiente de especial trascendencia pueda hacerlo asegurando de esta manera tanto el acierto y oportunidad del mismo como su sometimiento a la Constitución, las leyes en vigor y los principios generales del Derecho.

Así, en definitiva, entiendo que los reglamentos independientes del Gobierno no precisan de dictamen del Consejo de Estado porque no existe ningún precepto legal que exija dicho dictamen cuando un Real Decreto reglamentario no desarrolla una ley.

D.- Límites de los reglamentos independientes.

Los límites de los reglamentos independientes son los propios de su naturaleza de norma dictada por la Administración en ámbitos no regulados por la Ley, pudiendo citarse como tales, de conformidad con la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, los siguientes:

1.- Han de respetar el conjunto del Ordenamiento jurídico (v.gr. la Constitución, la Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia). En este sentido, se pronuncia la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de abril de 1.997 (Ar. 2.945. Ponente: L. TEJADA GONZÁLEZ), F.J. 8, en la que declara que:

“El Gobierno cuando ejerce la potestad reglamentaria viene sujeto no sólo a la ley habilitante o de cobertura –salvo en el caso de los Reglamentos independientes y de los <<autónomos>> (manifestación de estos últimos pueden constituir las Normas forales emanadas de las Juntas Generales)- sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto.”

2.- No pueden modificar ni derogar el contenido de una ley, ni el contenido de otros reglamentos de mayor jerarquía. Tampoco pueden limitar los derechos subjetivos ni las situaciones jurídicas adquiridas. A este respecto, cabe citar la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1.997 (Ar. 534. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) en su F.J. 3º.

3.- Los reglamentos organizativos, calificados usualmente como independientes no están exentos de límites materiales en cuanto a su contenido <<organizativo>> pues han de respetar los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, y actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho como proclama el artículo 103.1 CE. Puede mencionarse, en este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 1.

E.- La distinción respecto de los reglamentos ejecutivos como fundamento de su utilidad científica para el estudio del régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios.

La categoría jurídica de los reglamentos independientes del Gobierno se construye por contradicción con la de reglamento ejecutivo. La distinción se deduce del propio concepto de una y otra clase de reglamento, según la norma en cuestión desarrolle o no una ley previa, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia examinada (v.gr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 2ª, de 23 de enero de 1.990, Ar. 406, F.J. 5º).

Pues bien, precisamente de dicha distinción inicial, quien redacta las presentes líneas deduce los principales caracteres del régimen jurídico del reglamento independiente cuyo conocimiento resulta trascendental en el estudio de los Reales Decretos reglamentarios. En efecto, como ya he explicado, los reglamentos independientes sólo pueden ser dictados en el

ámbito del Estado por el Gobierno en virtud de la potestad originaria que le otorga el artículo 97 CE por lo que habrán de ser aprobados necesariamente por Real Decreto.

Pues bien, las principales consecuencias que pueden extraerse de la calificación de un determinado reglamento del Gobierno como reglamento independiente, desde el punto de vista de su régimen jurídico, son las siguientes:

1.- Respecto del procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios. La jurisprudencia examinada ha sancionado la innecesidad de los siguientes trámites procedimentales.

1) Los reglamentos independientes, como ya se ha señalado, no precisan del dictamen previo del Consejo de Estado con carácter preceptivo. Destaca dicha característica de su régimen jurídico la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 28 de enero de 1.997 (Ar. 534. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) que al respecto declara [F.J. 3]:

“1ª) El reglamento ejecutivo es aquél que desarrolla una Ley, o la complementa. Los reglamentos ejecutivos exigen el dictamen del Consejo de Estado, como garantía «ex ante» de objetividad e imparcialidad y como garantía de perfección técnica y acierto en la elaboración de los mismos.

2.ª) Los reglamentos independientes, por el contrario regulan materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de Ley: de ahí que la doctrina científica más cualificada enseñe que los reglamentos independientes sirven para regular todo lo relativo a la organización administrativa, así como para regular el ejercicio de poderes que a la Administración le estén conferidos discrecionalmente.”

2) En segundo lugar, ha de señalarse que, con cierta frecuencia, la jurisprudencia analizada ha entendido innecesario para los reglamentos independientes del Gobierno el cumplimiento del trámite de audiencia a las entidades interesadas en el proyecto en tramitación con el argumento de que ya existía un reglamento ejecutivo previo en el que se había cumplido dicho trámite por lo que no era necesario reiterarlo. En este sentido se pronuncian, indirectamente, las Sentencias de la Sala 3ª de 25 y 27 de enero de 1.992 (Ar. 662 y 681), en sus respectivos FF.JJ. 4º, a propósito de la innecesariedad de otros trámites también preceptivos en el procedimiento de elaboración del Real Decreto. Y ya de modo directo, las Sentencias de 28 de mayo de 1.992 (Ar. 5.346), F.J. 2; 20 de mayo (Ar. 3.420), F.J. 5; 20 de mayo de 1.993 (Ar. 3.421), F.J. 3; y 15 de julio de 1.993 (Ar. 6.194), F.J. 3. En concreto, la Sentencia de la Sección 3ª de 15 de julio de 1.993 (Ar. 6.194. Ponente: P.J. YAGÜE GIL), F.J. 3º, declara:

“Tampoco podemos aceptar que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado se haya infringido el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que regula la llamada audiencia corporativa. Como ya tenemos dicho en las SS. 20 mayo y 19 abril 1993, «el Real Decreto impugnado, por su carácter organizativo y meramente «administrativo» es -como se ha expuesto- una concreción del art. 29.1.3.º b) y c), del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, que no requería una nueva audiencia de las entidades representativas de los intereses corporativos

afectados por haber sido ya tenidos en cuenta en la elaboración del citado reglamento de ejecución. No es, por tanto, necesaria una nueva audiencia para la determinación cuantitativa del número de representantes por no aconsejarlo la índole de la disposición y corresponder a la Administración la valoración de las circunstancias para determinar la proporción de la representación de los distintos tipos de uso en relación con los intereses en juego. La jurisprudencia de la Sala de Revisión [SS. 7 julio y 25 septiembre 1989] viene sosteniendo el carácter preceptivo y no discrecional del trámite de audiencia de los representantes de aquellos intereses pero declarando que "su exigibilidad en la práctica está en relación con varios conceptos jurídicos indeterminados que operan positiva o negativamente esto es preceptivo el informe cuando se trata de disposiciones que 'afectan' directa o seriamente a los intereses de los administrados...", lo que no era el supuesto contemplado en el Real Decreto impugnado por las características específicas del mismo que se han mencionado»."

La falta de exigencia del trámite de audiencia en relación con los Reales Decretos reglamentarios se aprecia claramente en reglamentos cuyo carácter <<independiente>> se deduce de ser una mera concreción de un precepto reglamentario anterior que sí era ejecutivo por lo que en este caso la audiencia a las entidades interesadas resulta redundante.

2.- Respecto de su contenido sustantivo por cuanto, con ocasión de la elaboración de los Reales Decretos reglamentarios que se estimen que tienen carácter independiente de una ley previa, el Consejo de Ministros tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir la regulación que contienen, si bien limitada, en última instancia, por las exigencias que se derivan de la Constitución, los principios generales del derecho y las leyes que regulan el marco normativo en el que se insertan.

3.- Finalmente, también respecto de la impugnación de la validez de los Reales Decretos reglamentarios en vía administrativa o contencioso-administrativa, por cuanto los interesados en recurrirlos tendrán menores posibilidades de alegar que los mismos han incurrido en infracciones tanto procedimentales como sustantivas dadas las menores restricciones a la que está sometida esta clase de normas.

F.- Distinción entre los reglamentos independientes y los reglamentos organizativos.

Los reglamentos independientes del Gobierno suelen tener carácter organizativo como afirma la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 4ª del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1.992 (Ar. 3.236, F.J. 1) citada anteriormente (vid. apartado B) y, en consecuencia, proceden a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida que ello es instrumentalmente necesario para integrarse éstos en la organización administrativa pero no sus derechos y obligaciones en aspectos básicos de organización general. Por consiguiente, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 1.982\18 de 4 de mayo, F.J. 4, los reglamentos organizativos <<no aparecen necesariamente como complementarios de la Ley>>.

Pero al mismo tiempo, ha de destacarse que no cabe identificar sin más los conceptos de reglamento organizativo e independiente sometiéndolos a un mismo régimen jurídico. En efecto, pueden existir reglamentos organizativos aprobados mediante Real Decreto que sean ejecutivos en cuanto desarrollen el contenido de una ley previa. En tal sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 9 de julio de 1.993 (Ar. 6.187. Ponente: P.J. YAGÜE GIL) que, en su F.J. 5º, declara:

“Tiene razón la parte actora cuando afirma que los conceptos de reglamentos organizativos y reglamentos ejecutivos no son contrapuestos, pues, en efecto, también un reglamento organizativo puede ser ejecutivo, si es que desarrolla o ejecuta los principios organizativos de una ley. Pero habrá de admitir la parte actora que ello no ocurrirá siempre y sólo por el hecho de que la Ley cite o mencione a un órgano, sino que será preciso, para calificar al posterior reglamento de ejecutivo, que la Ley remita al Reglamento la posterior regulación de la materia de acuerdo con los principios que ella misma impone; sólo entonces podrá decirse que el Reglamento «ejecuta» la Ley. [Si las cosas no fueran así, todos los Reglamentos organizativos serían por principio ejecutivos, visto que todos serían desarrollo del art. 12 de la Ley de Organización de la Administración Central del Estado, de 16-8-1983, que otorga competencia al Consejo de Ministros para crear, modificar, refundir o suprimir Secretarías de Estado, Subsecretarías, Secretarías Generales con rango de Subsecretarías, Direcciones Generales y Subdirecciones Generales y órganos asimilados; y a fin de cuentas, todos habrían de ser desarrollo del art. 103.2 de la Constitución, que dispone que los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley].”

El reglamento organizativo, por consiguiente, también puede tener carácter ejecutivo siempre que la ley remita al reglamento la posterior regulación de la materia de acuerdo con los principios organizativos que ella

misma impone; de modo que el reglamento «ejecute» la ley desarrollándola y aplicándola; no bastando, por la misma razón, que la ley se limite a citar o mencionar un determinado órgano.

3.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD O CONTRA LEGEM.

J.L. PALMA FERNÁNDEZ²⁹ los define como los reglamentos dictados en circunstancias extremas y excepcionales, de auténtica emergencia y sólo legitimados en lo perentorio de la necesidad. La Ley no resulta contradicha sino que se excepciona durante el tiempo que dure la situación de emergencia que se trata de afrontar.

A. EMBID IRUJO³⁰ señala, por su parte, que el sistema normativo conoce cauces de escape de los rígidos principios de la jerarquía normativa. Esos cauces de escape se fundamentan en la existencia de situaciones excepcionales que en sí mismas justifican la ruptura –eso sí, siempre temporal y provisional– de la jerarquía normativa y que hacen que, por ejemplo, determinadas autoridades que no tienen, además, por qué tener habitualmente potestad reglamentaria puedan adoptar decisiones normativas en contra de lo previsto en la ley.

El autor cita como ejemplos de previsión de estos reglamentos de necesidad en nuestro Ordenamiento jurídico: la regulación de la explotación

²⁹ J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *El reglamento autónomo en España*, Revista de Derecho Administrativo número 87, julio-septiembre, 1.993, p. 337.

³⁰ A. EMBID IRUJO, *Potestad reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, p. 105.

de las aguas en caso de sequía extraordinaria (art. 56 Lag.) y los poderes del Gobierno en los estados de alarma (arts. 8.2 y 34 de la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio).

Pues bien, la jurisprudencia que he examinado muestra un ejemplo de aplicación concreta de tales previsiones normativas de reglamentos de necesidad, en concreto del ya citado artículo 56 de la Ley de Aguas, lo que justifica la omisión de los trámites previstos como preceptivos en el procedimiento ordinario de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios. Dicha mención consta en la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.993 (Ar. 6.191. Ponente: J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ) que en su F.J. 3 declara:

“Para resolver la cuestión planteada es necesario examinar la naturaleza de la disposición impugnada que es la de un reglamento acordado por el Gobierno, con fecha 30-6-1989, «al amparo 56 de la Ley 29/1985, de 2 agosto, de Aguas» (art. 1.º) para establecer una serie de medidas de carácter temporal (hasta el día 31-12-1990) con el fin de afrontar una situación de sequía extraordinaria.

Se trata, por tanto, de un reglamento de «necesidad» que la Administración ha acordado para hacer frente a una situación extraordinaria de excepcional gravedad y urgencia. Como tal reglamento de necesidad, es de carácter excepcional y distinto de los reglamentos ejecutivos, y por tiempo determinado, adoptado, no en desarrollo de una Ley, sino en uso de las facultades que la Ley concede al Gobierno para hacer frente a la situación que planteaba la sequía existente.

En esas circunstancias, la ausencia de los informes mencionados queda justificada excepcionalmente teniendo en cuenta esa provisionalidad o temporalidad de su vigencia y la urgencia a que responden. El art. 105.a) de la Constitución se remite expresamente a la Ley para la regulación de la audiencia de los ciudadanos y en el presente caso la Ley de Aguas, art. 56, no recoge esa audiencia, ni puede ser considerado el Real Decreto impugnado como un Reglamento ejecutivo dictado en desarrollo o complemento de una Ley a los efectos del art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 abril, del Consejo de Estado.”

Del razonamiento mantenido en la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.993 (Ar. 6.191), quien desarrolla estas líneas entiende que puede extraerse la siguiente definición de los reglamentos de necesidad en relación con el presente tema de estudio: Son aquéllos que contienen una regulación de carácter excepcional y distinta de la establecida en los reglamentos ejecutivos, por tiempo determinado, adoptada, no en desarrollo de una ley, sino en uso de las facultades que la ley concede al Gobierno para hacer frente a una situación generalmente imprevisible (v. gr., en caso de sequía, catástrofe ecológica, o una situación de alteración grave del orden público).

Pues bien, respecto de los Reales Decretos dictados en tales casos, la ausencia de determinados trámites esenciales del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria (como por ejemplo el trámite de audiencia a las personas o entidades interesadas previsto en el artículo 24.1. c), d) y e) LG) queda justificado excepcionalmente teniendo en cuenta esa provisionalidad o temporalidad de su vigencia y la urgencia a la que

responden. Y lo anterior, ha de ser tenido en cuenta tanto durante la tramitación de los mismos como posteriormente a efectos de su eventual impugnación.

4.- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA CLASIFICACIÓN ESTUDIADA DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO.

La exposición que he realizado muestra la relevancia práctica que en nuestro Derecho tiene la clasificación de los reglamentos dictados por el Gobierno en función de su relación con la Ley, pues de ello dependerá, no sólo los trámites que haya de seguir un proyecto de Real Decreto reglamentario durante su procedimiento de elaboración -necesidad o no de dictamen del Consejo de Estado- sino también, cuál sea su contenido por cuanto la norma reglamentaria ha de calificarse necesariamente dentro de una de las tres clases mencionadas de reglamentos: ejecutivos, independientes o de necesidad.

Pues bien, en el estado actual, la doctrina científica define unánimemente los reglamentos ejecutivos del Gobierno de conformidad con la ya tradicional Moción del Consejo de Estado al Gobierno de 22 de mayo de 1.969, que considera como tales aquéllos que desarrollan o ejecutan una ley o varias leyes apreciándose, no obstante, divergencias a la hora de pronunciarse sobre la inclusión de supuestos concretos.

Por su parte, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en las Resoluciones judiciales analizadas, y a los efectos de delimitar el alcance del artículo 22.3 LOCE que obliga a someter a consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado los proyectos de Reales Decretos que contengan reglamentos

<<ejecutivos>>, se adhiere a la tesis doctrinal mayoritaria según la cual son reglamentos ejecutivos aquellos Reales Decretos que se dictan en desarrollo o complemento de una norma legal previa en ámbitos de reserva material o formal de ley innovando, en su desarrollo, el Ordenamiento jurídico. Por lo tanto, de acuerdo con la citada opinión mayoritaria, quedarían excluidos de la noción de reglamentos ejecutivos:

1.- Las normas del Ejecutivo que se limitan a aclarar o interpretar el contenido de una ley sin aportar ningún contenido innovador.

2.- Los Reales Decretos normativos que tienen por objeto actualizar datos de carácter técnico o derivados de la coyuntura política o social.

3.- Las normas reglamentarias que desarrollan o ejecutan de modo inmediato otras superiores como las aprobadas mediante Real Decreto.

4.- Y, por último, los reglamentos *praeter legem* que dicte el Gobierno para regular la organización interna del Ejecutivo.

Por otra parte, como ya he indicado, existe en la doctrina científica y la jurisprudencia examinada una controversia sobre si en la delimitación del

concepto de reglamento ejecutivo ha de tenerse en cuenta sólo la perspectiva *material* (reglamentos del Gobierno que desarrollan materialmente una ley) o si ha de considerarse también la denominada perspectiva *formal* (existencia o no de habilitación legal para dictar un Real Decreto reglamentario), lo que resulta especialmente trascendente en los supuestos límite de remisión en blanco al Gobierno para que dicte una norma o de deslegalización de una materia. Así, desde la perspectiva material, no serían ejecutivos tales supuestos mientras que si atendemos a la existencia de habilitación legal sí que podrían ser incluidos en la citada clase de Reales Decretos normativos. Con todo, la jurisprudencia precedente ha puesto de manifiesto como, incluso en ambos casos, las soluciones pueden no ser tan claras como se ha indicado ya que, por un lado, pueden suceder que la ley de deslegalización no implique una habilitación en blanco al Ejecutivo sino que imponga un cierto contenido material y, por otro, que los reglamentos delegados o remitidos hayan de atender a unos principios básicos enunciados en la ley de habilitación.

En este punto, las sentencias examinadas se limitan a poner de manifiesto la existencia de posiciones doctrinales divergentes sin pronunciarse abiertamente por ninguna de ellas. Sin embargo, para quien suscribe el presente trabajo doctoral, el carácter ejecutivo o no de los Reales Decretos reglamentarios en los supuestos debatidos (reglamentos fruto de una deslegalización o de una remisión en blanco) dependerá de si, a pesar del *carácter formal* de reglamentos legalmente habilitados que tienen en ambos supuestos las normas del Gobierno, su contenido normativo debe adecuarse a las prescripciones contenidas en la ley de habilitación o en otras leyes lo que, en última instancia, obliga a atender a una *perspectiva material* para otorgar la calificación de <<ejecutivo>> a la norma aprobada mediante Real Decreto.

Finalmente, respecto de cuáles sean los límites materiales de los Reales Decretos reglamentarios que se dicten en ejecución de ley, en la doctrina jurisprudencial analizada se percibe la existencia de dos líneas jurisprudenciales, no antagónicas, como lo demuestra el haberse detectado alguna sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que acoge ambas. Pues bien, de acuerdo con la primera de las líneas jurisprudenciales señaladas, los reglamentos del Gobierno habrán de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la ley que desarrollan y, además, no podrán incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma legal. La segunda, por su parte, interpreta la idea de reglamento ejecutivo como <<complemento indispensable de la ley>> en un sentido amplio de modo que el Real Decreto normativo puede explicitar reglas que en la ley se encuentren simplemente enunciadas y aclarar preceptos de la ley que sean imprecisos, de modo que el Gobierno puede ir más allá de ser puro ejecutor de la ley.

En todo caso, el límite máximo del contenido material propio de los Reales Decretos reglamentarios parece fijarse en que la nueva norma no introduzca más mandatos que los que constituyan complemento indispensable de la ley que desarrolla, es decir que sean queridos explícita o implícitamente por el legislador, por lo que los reglamentos del Gobierno no podrán establecer nuevas privaciones o restricciones de los derechos y libertades contenidos en la misma. Pero para determinar dicho ámbito máximo de regulación de las normas aprobadas por el Consejo de Ministros en ejecución de ley ha de acudir no sólo al texto legal que se desarrolla sino también a su finalidad y al marco jurídico en que el reglamento se inserta.

El concepto de reglamento independiente, por contraposición con el anterior, incluye aquellos supuestos en que la norma reglamentaria no desarrolla el contenido de una ley previa aunque su significado propio, como expone el Tribunal Supremo en alguna de las sentencias citadas, es el de aquella disposición general que se dicta en el ejercicio de la potestad originaria que al Gobierno otorga el artículo 97 de la Constitución para dictar reglamentos. En cuanto a su ámbito, la opinión mayoritaria se inclina por ubicarlo, con carácter residual, en aquellas materias en las que no existe una reserva de ley establecida por el constituyente ni tampoco una regulación previa aprobada por el legislador ordinario. En este punto, ha de tenerse en cuenta que la tesis que defiende la existencia de una cláusula general de reserva de ley para todo lo que atañe a la libertad y la propiedad de los particulares no pasa de ser, en la actualidad, una simple teoría científica. Para que una conclusión de tal alcance pudiera tener eficacia general en nuestro Ordenamiento jurídico debería haber sido respaldada por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Asimismo, en relación con el concepto de reglamento independiente, cabe destacar que la doctrina jurisprudencial examinada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo muestra dos corrientes en su determinación. Para un primer grupo de sentencias, el reglamento independiente es aquél que se dicta como consecuencia del ejercicio de la potestad originaria del Gobierno, es decir, la derivada directamente del artículo 97 CE, que permite cubrir aquellas lagunas legales que inevitablemente se producen respecto de determinadas áreas de la realidad social. La consecuencia inmediata de dicha teoría es la de que, en el ámbito estatal, únicamente el Gobierno puede por imperativo de la Constitución dictar reglamentos independientes porque sólo él es titular de la

potestad originaria. Otro grupo de sentencias, por el contrario, define el reglamento independiente, en conexión con la doctrina científica mayoritaria, como aquél que regula materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de ley. Ambas posiciones jurisprudenciales llevan, como ya he señalado, a los mismos resultados prácticos a la hora de calificar un Real Decreto reglamentario como independiente porque, en definitiva, el Consejo de Ministros sólo puede ejercer su potestad reglamentaria originaria sin habilitación legal expresa o tácita en aquellos ámbitos que no se encuentran legislados. En cualquier caso, ambas posiciones jurisprudenciales parten de una perspectiva formal que trata de delimitar el concepto citado bien desde el funcionamiento del sistema de fuentes del Derecho o bien desde el alcance de la potestad reglamentaria del Gobierno.

Respecto del procedimiento para su elaboración, la jurisprudencia del Tribunal Supremo examinada viene confirmando, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 22 de abril de 1.980, la innecesariedad de la consulta al Consejo de Estado. En efecto, los reglamentos independientes son *extra legem*, se dictan prescindiendo de cualquier ley anterior y precisamente por su ausencia, de ahí que la omisión del dictamen del Alto Órgano Consultivo no conlleve ningún efecto anulatorio. Lo anterior no es óbice para que el Ejecutivo, si lo considera apropiado, requiera la emisión de un dictamen del Consejo de Estado con el objeto de asegurar la conformidad con el Ordenamiento jurídico, el acierto y la oportunidad de un determinado proyecto de Real Decreto reglamentario.

En relación con los límites de los reglamentos independientes, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo señala que el

reglamento *extra legem* aprobado mediante Real Decreto ha de respetar el conjunto de fuentes del Derecho que integran el Ordenamiento jurídico comenzando por la Constitución y, por la misma razón, atendiendo al principio de jerarquía normativa, no puede modificar ni derogar el contenido de una ley previa. Además, por coherencia con el grupo normativo al que pertenece, entiendo que tampoco podrá modificar la regulación contenida en otros reglamentos de carácter ejecutivo aprobados mediante Real Decreto. El Real Decreto que contenga un reglamento independiente, por otra parte, no puede limitar los derechos subjetivos ni las situaciones jurídicas adquiridas. Y, finalmente, en relación con los reglamentos de organización dictados en el ejercicio de la potestad originaria del Gobierno, la jurisprudencia analizada del Tribunal Supremo pone de manifiesto como los mismos no se encuentran exentos de límites materiales pues han de respetar los principios que respecto de la organización administrativa enuncia el artículo 103.1 CE. Sin embargo, al mismo tiempo, alguna sentencia del Tribunal Supremo advierte que no cabe identificar sin más la noción de reglamento organizativo y de reglamento independiente pues pueden darse supuestos en los que un Real Decreto normativo proceda a la organización de un ente administrativo de acuerdo con los principios dictados por una ley remitente, debiendo en tal caso calificarse el Real Decreto reglamentario como rigurosamente <<ejecutivo>>.

Por último, en cuanto al reglamento de necesidad, he precisado que el mismo se dicta en situaciones excepcionales (estados de alarma o excepción; situación de extraordinaria sequía, o propagación de una pandemia). Pues bien, el carácter imprevisible de dichas circunstancias extraordinarias puede justificar la atribución por tiempo limitado de la potestad reglamentaria a autoridades que habitualmente carecen de ella, y así lo contemplan

determinadas leyes. En consecuencia, su regulación es de carácter excepcional y distinta de la prevista en los reglamentos ejecutivos, pudiendo durante su vigencia transitoria contravenir lo estipulado en una ley. Pero, además, dada la premura con la que han de ser elaborados, la jurisprudencia examinada estima que la omisión durante su procedimiento de elaboración de trámites como los informes preceptivos de órganos cualificados o la audiencia a entidades interesadas se encuentra plenamente justificada y, por lo tanto, no es invalidante de las normas dictadas por el Gobierno. Y ello, dadas las circunstancias de urgencia a las que atienden, el carácter provisional con el que se aprueban en tales supuestos los Reales Decretos reglamentarios, así como su vigencia transitoria en el tiempo.

CAPÍTULO IX

**LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LOS REALES DECRETOS
REGLAMENTARIOS POR EL PROPIO CONSEJO DE MINISTROS.**

CAPÍTULO IX

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS POR EL PROPIO CONSEJO DE MINISTROS.

1.- EL DENOMINADO RECURSO INDIRECTO CONTRA LOS REGLAMENTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA. ARTÍCULO 107.3 LRJAPYPAC.

2.- EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS NULOS. UN EXAMEN DEL ARTÍCULO 102 LRJAPYPAC.

A.- La regulación legal.

B.- Definición y naturaleza jurídica del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales del Gobierno.

C.- El procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales del Gobierno regulado en el artículo 102 de la LRJAPYPAC en su redacción de la Ley 4/1.999 de 13 de enero.

a.- En cuanto a los requisitos subjetivos.

b.- En cuanto a los requisitos objetivos.

c.- La tramitación del procedimiento de revisión.

3.- LA SANCIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS EN CONSEJO DE MINISTROS POR SER DECLARADOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

A.- La declaración de nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto en el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 LRJAPYPAC.

B.- Los efectos de la declaración por el Consejo de Ministros de la nulidad de un Real Decreto reglamentario.

C.- El particular denunciante carece de acción de nulidad para actuar en vía contencioso-administrativa recurriendo la resolución desestimatoria del procedimiento de revisión de un Real Decreto.

4.- REFLEXIONES FINALES RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

CAPÍTULO IX

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS POR EL PROPIO CONSEJO DE MINISTROS.

Los reglamentos del Gobierno constituyen, como ya he expuesto, normas jurídicas subordinadas a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico que se integran en el mismo como Derecho objetivo. Siendo éste el concepto de reglamento del Ejecutivo aceptado por la generalidad de los autores y la jurisprudencia, parece lógico que el Ordenamiento jurídico prevea procedimientos a través de los cuales el propio Órgano autor de la norma pueda purgar del sistema normativo los reglamentos que incurran en nulidad de pleno derecho.

En el presente capítulo, pretendo exponer los dos mecanismos de control de la potestad reglamentaria del Gobierno previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (artículos 102 y 107.3 LRJAPYPAC) con alcance general, intentando delimitar su alcance y eficacia en relación con el conjunto de los instrumentos de impugnación de las normas reglamentarias aplicables a los Reales Decretos reglamentarios y regulados por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En todo caso, no se trata de realizar un estudio exhaustivo sobre el tema analizado debiendo advertirse, por otra parte, que en el ámbito de la investigación desarrollada son escasos los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con el tema.

1.- EL DENOMINADO RECURSO INDIRECTO CONTRA LOS REGLAMENTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA, ARTÍCULO 107.3 LRJAPYPAC.

El denominado recurso indirecto en vía administrativa contra los reglamentos, como los aprobados por Real Decreto, también llamado recurso de alzada *per saltum*, se regula en el artículo 107.3 de la LRJAPYPAC en los siguientes términos:

“Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.”

El recurso administrativo indirecto contra reglamentos puede, en realidad, ser tanto un recurso de alzada, si se interpone ante el superior jerárquico del que dictó el acto recurrido, como un recurso de reposición, cuando se interpone ante la autoridad que dictó el acto recurrido, así v.gr., cuando se recurre un acto del Consejo de Ministros fundándose en la ilegalidad de un Real Decreto reglamentario del que trae causa. El artículo 107.3 LRJAPYPAC, sin embargo, establece una regla singular (el denominado recurso *per saltum*) según la cual el citado recurso indirecto podrá

interponerse ante el órgano superior jerárquico, cualquiera que sea, que dictó el reglamento indirectamente impugnado, lo que ciertamente constituye un salto en la norma general de competencia establecida en el artículo 114.1 LRJAPYAC para resolver un recurso de alzada.

J.A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA¹ afirma que el recurso indirecto en vía administrativa regulado en el artículo 107.3 de la Ley 30/1.992 permite que el órgano que conoce de un recurso de alzada en vía administrativa anule, al estimar el recurso, la norma en que tal acto se haya basado. A este respecto, recuerda que similar previsión se contenía en el artículo 113.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958. Entiende que ello sólo es posible respecto de normas reglamentarias de la propia Administración competente para resolver el recurso de alzada por razón del acto directamente impugnado. No cabe, con motivo de Decretos legislativos -cuyo análisis se produciría por primera vez ya en sede judicial- ni tampoco con motivo de normas de otras Administraciones. Así, v.gr., piénsese en el recurso administrativo interpuesto ante una Comunidad Autónoma contra un acto suyo dictado en aplicación de un Real Decreto reglamentario, caso en que lógicamente dicha Comunidad no podría a lo sumo sino inaplicar la norma.

¹ J.A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático* (Coordinador: B. Pendás García), Capítulo 14: <<El procedimiento especial: Cuestión de ilegalidad>>, Editorial Praxis, Barcelona, 1.999, p. 471.

J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA² plantea, no obstante, la posibilidad de que, en atención a la dicción literal del precepto, pudiera interponerse el recurso ante la Administración autora del reglamento (la Administración General del Estado en el presente caso) y no del acto de aplicación (v.gr., una Comunidad Autónoma o una Entidad Local). Constituiría, ciertamente un caso insólito entre las normas que regulan la competencia para resolver los recursos administrativos pero no carente de lógica ya que la finalidad prevalente del precepto (art. 107.3 LRJAPYAC) es la defensa de la disposición de carácter general indirectamente impugnada. En dicho supuesto, la Administración autora del acto comparecería como interesada en la tramitación del recurso en defensa de sus derechos e intereses.

J. GARCÍA LUENGO³, por su parte, entiende que mediante este mecanismo se une a la pretensión del particular de satisfacer un interés legítimo violentado por el acto de aplicación de la disposición ilegal, el interés público que se satisface al depurar el Ordenamiento y por el que la Administración, muy especialmente el órgano emisor de la norma nula, debe velar, dado el carácter de orden público que todo supuesto de nulidad trae consigo, y máxime cuando se trata de la nulidad de una disposición. A la acción del particular dirigida contra el acto de aplicación se acumula una acción de oficio para eliminar el reglamento nulo. Separar ambos procesos de

² F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1.999)*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, p. 286.

³ J. GARCÍA LUENGO, *La Declaración de Nulidad en Vía Administrativa de Disposiciones Generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1.999)*, , Revista de Administración Pública, número 154, enero-abril, 2.001, p. 225.

impugnación, por más que en sí mismos son distintos, no tiene sentido desde la perspectiva de la economía procesal, dado que el fundamento de las facultades ejercitadas por la Administración en este caso es el mismo: sus potestades de autotutela.

Esta interpretación, que es compartida en lo esencial por el Consejo de Estado⁴ en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la LRJAPY PAC y por la doctrina⁵, expone dicho autor que ha sido respaldada por el propio Tribunal Supremo en alguna ocasión, aunque existen sentencias que podrían ser citadas para rechazarla.

De acuerdo con la referida interpretación sostenida por J. GARCÍA LUENGO, entiendo que la interposición de un recurso indirecto contra reglamentos obliga al órgano autor de la norma, en el presente caso al Consejo de Ministros, a cuestionarse si concurren respecto de la disposición impugnada las razones de ilegalidad aducidas por el particular a los efectos de incoar el oportuno procedimiento de revisión de oficio contra la misma. Lo contrario equivaldría a:

⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1.998, número 5.356/97, Sección 1ª, Consideración 4ª, (Rec. 16/98).

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. II*, 8ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 528; F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 285 y 286, citados por J. GARCÍA LUENGO, *La Declaración de Nulidad en Vía Administrativa de las Disposiciones Generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1.999)*, Revista de Administración Pública, número 154, enero-abril, 2.001, p. 225.

1) Admitir la posibilidad de interponer un recurso administrativo, aunque indirecto, contra una norma reglamentaria, posibilidad expresamente prohibida por la LRJAPYPAC.

2) Eximir, en este supuesto concreto, a la Administración autora del reglamento (la Administración General del Estado en el presente estudio) de obtener el dictamen favorable del Consejo de Estado para poder declarar la nulidad de la norma indirectamente recurrida lo que carece de justificación dada la trascendencia que la declaración de nulidad de un reglamento tiene para el conjunto de situaciones jurídicas por él reguladas (a diferencia del acto nulo) y tratarse de un supuesto en todo equiparable a la iniciación de oficio del procedimiento de revisión de una disposición general por denuncia de un particular.

2.- EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS NULOS. UN EXAMEN DEL ARTÍCULO 102 LRJAPYPAC.

Antes de comenzar la exposición del presente apartado del Capítulo, he de precisar que en sus dos primeros epígrafes, relativos respectivamente a la regulación legal y a la definición y naturaleza jurídica del procedimiento de revisión de oficio de disposiciones generales del Gobierno, su contenido se ha expuesto, en su mayor parte, con alcance general. En efecto, se alude a <<disposiciones generales>> para no alterar en el análisis desarrollado el

sentido de las normas legales que han regulado o proscrito alternativamente en nuestro Derecho el referido procedimiento y para no desvirtuar tampoco los términos del debate doctrinal realizado en torno al procedimiento de revisión, desarrollado igualmente en términos de generalidad para todas las normas reglamentarias de nuestro Ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, todas las referencias <<genéricas>> que se hacen a las normas reglamentarias en los dos epígrafes siguientes son directamente aplicables a los Reales Decretos reglamentarios, al igual que sucede con el resto de las menciones de tal carácter que, esporádicamente, aparecen a lo largo de la obra.

A.- La regulación legal.

El artículo 102 de la LRJAPYAC, en su redacción vigente tras la reforma operada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, regula el procedimiento de revisión de oficio de actos y disposiciones generales nulas de pleno derecho, estableciendo:

“1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud del interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.”

En relación con la posibilidad de revisión de oficio de las disposiciones generales, como los Reales Decretos reglamentarios, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, J. LÓPEZ-MEDEL

BÁSCONES⁶ afirma que se trata de una cuestión que ha dado lugar a vivas polémicas tras la publicación de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, debatiéndose si se mantenía o no esta facultad que fue introducida en el Derecho español mediante la Orden de 12 de diciembre de 1.960, al amparo de la Disposición Adicional 2ª de la LPA de 17 de julio de 1.958 pues, según puntualiza, el artículo 109 LPA se refería sólo a la revisión de los actos sin mencionar a las disposiciones de carácter general.

En la jurisprudencia examinada por quien redacta estas líneas, sin embargo, la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.997 (Ar. 7.789) desestima por motivos sustantivos un recurso directo interpuesto por la Confederación Nacional de Decanos de Facultades de Medicina Españolas contra <<la denegación por parte de la Administración sobre incoación del procedimiento revisorio previsto en el art. 109 LPA contra la pretensión de que se declare la nulidad del R.D. 1.558/1.986, de 28 de junio, sobre bases generales de régimen de conciertos entre las Universidades y las Instituciones Sanitarias>> sin que el Abogado del Estado alegara siquiera la extemporaneidad del plazo de interposición del recurso instado. Por consiguiente, durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo, tanto la Administración del Estado como la Sala 3ª del Tribunal Supremo estimaron recurrible la denegación de la incoación del procedimiento revisorio respecto de los reglamentos del Gobierno ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁶ J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, *La reforma del régimen jurídico y el procedimiento administrativo (Novedades de la Ley 4/1.999, de 13 de enero)*, Poder Judicial, número 52, Cuarto Trimestre, 1.998, p. 397.

Cuando se aprueba la LRJAPYPAC se sigue sin mencionar a las disposiciones generales en relación con dicho procedimiento. Así, el artículo 102 LRJAPYPAC lleva la rúbrica <<Revisión de los actos nulos>> obviando cualquier mención a los reglamentos. El punto 3 de la Disposición Derogatoria de la citada Ley da pie, sin embargo, a que un sector mayoritario de la doctrina considere vigente la Orden de 1.960. El referido punto 3, en concreto, establece que <<se declaran expresamente en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley>>.

Pues bien, en tal situación normativa, la reforma operada por la Ley 4/99 de 13 de enero no sólo aclara la subsistencia del procedimiento de revisión de oficio de los reglamentos, sino que se pronuncia de modo favorable a su reconocimiento expreso en una ley, norma sin duda mucho más adecuada que una Orden. La razón de su reconocimiento legal está en la necesidad de encontrar mecanismos flexibles que permitan, sin perjuicio del control de los Tribunales, expulsar del Ordenamiento jurídico un reglamento ilegal como los que aprueba el Gobierno mediante un procedimiento dotado de las debidas garantías, singularmente el dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico.

J. GARCÍA LUENGO⁷ realiza, en relación con la regulación de la revisión de oficio de las disposiciones generales anterior a la vigente redacción de la LRJAPYPAC aprobada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, las siguientes precisiones:

⁷ J. GARCÍA LUENGO, *La Declaración de Nulidad en Vía Administrativa de Disposiciones Generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1.999)*, Revista de Administración Pública, número 154, enero-abril, 2.001, p. 205 y ss.

1) En relación con la regulación contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958.

a) La Orden de 12 de diciembre de 1.960 (B.O.E. de 17 de diciembre de 1.960) que regulaba las <<Normas para decidir la nulidad de pleno derecho de disposiciones>> fue dictada en desarrollo del artículo 47.2 de la LPA de 1.958. En concreto, según la propia Exposición de Motivos de la Orden, lo que la justificaría sería que: <<la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 47.2 señala los casos en que las disposiciones administrativas son nulas de pleno derecho, pero no establece las normas concretas que deberán seguirse, en el supuesto de que un órgano de la Administración manifieste que la considera comprendida en alguno de aquellos casos. Como quiera que tal regulación se hace necesaria para evitar, mediante un trámite adecuado, los expresados problemas surgidos en la mayor parte de los casos por la disparidad de criterios de dos o más órganos de la propia Administración>>.

b) En cuanto a la interpretación del Tribunal Supremo que permitió que la revisión de oficio en vía administrativa incluyera a las disposiciones generales nulas de pleno derecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.999 (Ar. 804/2.000. Ponente: R. TRILLO TORRES) entiende que <<...la Jurisprudencia se encontró con la circunstancia de que el artículo 109 aludía expresamente a la “nulidad de los actos enumerados en el artículo 47”, lo que parecía excluir que la norma fuese aplicable a las disposiciones generales. Pero basándose en la referencia genérica al artículo 47 y que éste hablaba en su apartado 2 de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones

administrativas, llegó a la conclusión de que debía entenderse que también éstas habían sido incorporadas por el legislador al sistema de declaración de nulidad de pleno derecho regulado en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo>>.

2) En relación con la regulación contenida en el artículo 102 de la LRJAPYPAC en su redacción original de 26 de noviembre de 1.992.

a) El Tribunal Supremo en la referida Sentencia de 22 de diciembre de 1.999, partiendo de estos antecedentes, deja claro que la citada interpretación era <<perfectamente conocida por el legislador al elaborar la Ley 30/1.992, que en este punto [*en su primitiva redacción del artículo 102*] resulta incompatible con una interpretación como la que hemos reseñado que hizo la jurisprudencia del derogado artículo 109 LPA>>, y explica con cierto detenimiento las razones que justifican la creencia en una intención del legislador contraria a la figura de la acción de nulidad frente a los reglamentos ilegales: la mención del artículo 62.1 y no del párrafo segundo del artículo 62 (que regula la nulidad de las disposiciones reglamentarias) en el artículo 102 de la LPC y el rechazo a las enmiendas que contemplaron expresamente la mención de la nulidad de los reglamentos en el referido artículo 102.

b) La generalidad de la doctrina (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ PÉREZ, J.S. PINIELLA SORLI, J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA)⁸ había sostenido, por el

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 8ª edic. (última edición previa a la LRJAPYPAC), Editorial Cívitas, Madrid citado por J. GARCÍA LUENGO, *La declaración de nulidad en vía administrativa de Disposiciones Generales*, Revista de Administración Pública, número 154, enero-abril, 2.001, pp. 206-207. En el mismo sentido, se habían

contrario, la procedencia de la revisión de oficio de las disposiciones generales. Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA afirmaba que, *a sensu contrario*, se produciría un resultado inaceptable como es la imposibilidad de que una norma nula perviva en el Ordenamiento, al devenir inatacable por el transcurso del tiempo. Por consiguiente, no existía la necesidad de que ningún texto legal expreso ratificara la obligación de la Administración de eliminar dicho reglamento desde el momento en que advierta la inconstitucionalidad o ilegalidad del mismo, bien por su propia reflexión o bien en virtud de denuncia de particulares, cuya solicitud constituye a la Administración que la recibe en el inexcusable deber de pronunciarse sobre la cuestión.

La necesidad de interpretar la redacción originaria del artículo 102 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre en el sentido de aceptar la vigencia de la revisión de oficio de las disposiciones generales fue así mismo destacada por el Consejo de Estado en su Dictamen 524, de 30 de noviembre de 1.995, señalando que el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho era incompatible con la pervivencia de un reglamento ilegal. En concreto, el mencionado Dictamen exponía: <<De esta diferencia entre el artículo 102 de la Ley 30/1.992 y el artículo 109 de la Ley de 17 de julio de 1.958, sin una

pronunciado también, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley 4/1.999 de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1.992*, 1ª edic., Editorial Cívitas, 1.999, p. 410; J. S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y Bloque de legalidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.994, pp. 158 y 159; J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, *La reforma del régimen jurídico y el procedimiento administrativo (Novedades de la Ley 4/1.999, de 13 de enero)*, Poder Judicial, número 52, Cuarto Trimestre, 1.998, p. 397. F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1.992)*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 210, afirmaban igualmente la posibilidad de revisión de oficio de disposiciones generales aunque considerando problemática la aplicación de la Orden de 12 de diciembre de 1.960.

Asimismo, conviene mencionar que J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992 de 26 de noviembre)*, 2ª edic., Editorial Cívitas, Madrid, 1.999, p. 2.225, nota 20, establece su propia relación doctrinal en este punto sin referirse a ninguno de los autores ya citados.

voluntad expresa del legislador explicativa del cambio legislativo, sería equivocado inferir una voluntad de eliminar del ámbito de la revisión de oficio las disposiciones reglamentarias que, por oposición a la ley, son nulas de pleno derecho>>⁹.

B.- Definición y naturaleza jurídica del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales del Gobierno.

La revisión de un acto o disposición es la acción de volver sobre los mismos a efectos de su modificación o desaparición del mundo del Derecho. Siendo esto así y, al margen de los supuestos de revisión de las disposiciones generales por la jurisdicción contencioso-administrativa y excepcionalmente por el Tribunal Constitucional, la revisión por la propia Administración autora de la norma reglamentaria se funda en el privilegio de la autotutela administrativa¹⁰.

⁹ El dictamen se encuentra citado por P. MENÉNDEZ GARCÍA en <<La revisión de oficio de actos y normas, vía de lesividad y revocación de actos. Rectificación de errores. Experiencia tras la ley 4/1.999>>, Revista Galega de Administración Pública, número 29, setiembre-diciembre, 2.001, p. 26.

¹⁰ En torno al fundamento jurídico de la declaración estimatoria de un procedimiento de revisión de oficio de una disposición general en la LPA he de referirme a la puntualización hecha por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. III*, 1ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.001 (Reimpresión 2.002), pp. 23-24. El citado autor menciona el Dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 1.960 (expediente nº 36. 324) que distinguía entre <<la derogación pura y simple de una disposición general y la derogación por causa de nulidad de pleno derecho con expresa declaración de la misma; en el primer caso, se respetan los derechos adquiridos, pues la retroactividad es materia reservada a la Ley formal y, por tanto, excluida de la potestad reglamentaria; en el supuesto de la derogación con declaración de nulidad y aquí radica la novedad de la LPA, al admitir esta posibilidad, quiebra el principio de respeto a los derechos adquiridos, como efecto esencial de la nulidad de pleno Derecho>>. En la actualidad, sin embargo, estimo que el mencionado razonamiento jurídico no puede sostenerse en la regulación que hace de la revisión de oficio el artículo 102 LRJAPYAC. En efecto, por una parte, los efectos de la revisión de oficio de los Reales Decretos reglamentarios se encuentran regulados en el artículo 102.4 LRJAPYAC que establece la subsistencia al menos de los actos firmes dictados en aplicación de los mismos, como examino más adelante dentro del presente capítulo. Y, por otra, la generalidad de la doctrina científica trata separadamente los conceptos jurídicos de derogación y declaración de nulidad de disposiciones generales que aluden, respectivamente, a la sucesión de las normas en el tiempo y a la declaración de invalidez de las mismas por ser contrarias a Derecho.

En efecto, siguiendo en este punto a J. GONZÁLEZ PÉREZ¹¹, cabe afirmar que las prerrogativas de que están investidas las Administraciones públicas al actuar en el régimen administrativo no se agotan en la potestad de dictar decisiones que gozan de presunción de legitimidad, obligatorias y ejecutivas, sin la previa homologación judicial. Las Administraciones públicas pueden, además, volver sobre sus propios actos, a fin de que, por razones de legalidad o de simple oportunidad, procedan a eliminarlos del mundo del Derecho, no sólo a instancia del afectado sino también de oficio. Pero tratándose de actos declarativos de derechos y de disposiciones generales esta prerrogativa tendrá lugar exclusivamente en los supuestos que la Ley lo prevea y regule. La revisión de oficio de las disposiciones generales contemplada en el artículo 102 LRJAPYAC se caracteriza, según el citado autor, como un supuesto de revisión extraordinaria, en el sentido de que puede tener lugar una vez transcurridos los plazos legalmente establecidos para interponer el recurso administrativo ordinario, tendiendo a verificar la conformidad del acto o disposición general con el Ordenamiento jurídico.

La revisión de oficio de los actos y disposiciones generales constituye, por lo tanto, una manifestación de las potestades de autotutela o autodefensa de que goza la Administración cuando actúa en el régimen administrativo. Y se configura como uno de los procedimientos administrativos especiales, cualificados por razón de su finalidad: presupone un acto o disposición previo y su objeto específico es, precisamente, decidir su mantenimiento o privación de efectos. Los recursos administrativos constituirían el procedimiento

¹¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, (Ley 30/1.992 de 26 de noviembre), 2ª edic., Editorial Cívitas, Madrid, 1.999, pp. 2.214-2.218.

ordinario de revisión. Procedimiento que, como ya he señalado, no cabe interponer directamente contra una disposición general.

C.- El procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales del Gobierno regulado en el artículo 102 de la LRJAPYPAC en su redacción de la Ley 4/1.999 de 13 de enero.

a.- En cuanto a los requisitos subjetivos.

El órgano administrativo competente para resolver el mencionado procedimiento, tratándose de Reales Decretos reglamentarios, es, obviamente, el Consejo de Ministros y así lo establece la Disposición Adicional 16.1.a de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado 6/1.997 de 14 de abril.

b.-En cuanto a los requisitos objetivos.

Respecto del objeto de la impugnación, la nueva redacción no deja dudas, como se deduce de la simple lectura del rótulo del artículo 102 LRJAPYPAC, sobre la posibilidad de que la revisión de oficio alcance a las disposiciones generales y, por lo tanto, a los reglamentos aprobados mediante Real Decreto.

En cuanto a los motivos de nulidad de las disposiciones generales del Gobierno, el artículo 102.2 LRJAPYPAC se remite al artículo 62.2 de la misma Ley por lo que son susceptibles de revisión todos los reglamentos que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de

rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Por último, en relación con los requisitos de actividad, ha de señalarse que el procedimiento de revisión de los reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros podrá instarse en cualquier momento conforme determina el artículo 102.1 LRJAPYAC por lo que una de las características del mismo es su imprescriptibilidad. Ello no obstante, han de tenerse en cuenta en todo caso los límites que establece el artículo 106 de la misma Ley.

c.- La tramitación del procedimiento de revisión.

1) La incoación del procedimiento de revisión de las disposiciones generales del Gobierno se realizará únicamente de oficio por la Administración pública. En consecuencia, la decisión de iniciar el procedimiento se tomará siempre como competencia propia y exclusiva de la Administración autora del reglamento (la Administración General del Estado en el presente estudio) sin que los ciudadanos afectados por la misma tengan la condición de interesados en el procedimiento. La iniciación conforme a lo dispuesto en el artículo 69 LRJAPYAC podrá realizarse en virtud de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de un particular. En el caso de los reglamentos del Gobierno obviamente sólo serán posibles las dos últimas alternativas especificadas en el citado artículo.

El artículo 102 LRJAPYAC, en la nueva redacción dada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, reconoce al órgano competente para resolver (el

Consejo de Ministros respecto de los Reales Decretos reglamentarios), la facultad de acordar motivadamente la inadmisión de las solicitudes de declaración de nulidad, sin más trámites, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62, carezcan manifiestamente de fundamento o se hubieren desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

El acuerdo de inadmisión no podrá ser recurrido por los particulares denunciadores por cuanto los mismos carecen de la condición de interesados, carácter inexcusable para su admisión según los artículos 107.1 LRJAPYAC y 25.1 LJ (y ello a pesar de que el propio artículo 102.3 y 4 LRJAPYAC emplea dicho término para referirse a todo sujeto de derecho que inicie el procedimiento).

2) En cuanto a la instrucción del procedimiento, los particulares tampoco tendrá derecho a ser oídos en audiencia por faltarles la condición de parte en el mismo (art. 84 LRJAPYAC). El único trámite previsto como ineludible es el del dictamen del Consejo de Estado. Pero, como afirma J. GONZÁLEZ PÉREZ¹², la obligación de requerir tal dictamen no implica que siempre que el mismo sea favorable deba declararse la nulidad del reglamento examinado. En tal caso el Órgano competente resolverá <<oído el Consejo de Estado>> según su criterio.

¹² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992 de 26 de noviembre)*, 2ª edic., Editorial Cívitas, Madrid, 1.999, p. 2.233.

J.S. PINIELLA SORLI, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹³ entienden, por el contrario, que el dictamen del Consejo de Estado es no sólo preceptivo sino también vinculante.

3) En cualquier caso, la resolución que declare la nulidad de una disposición general del Gobierno ha de ir precedida de un dictamen favorable del Consejo de Estado.

Los efectos de la resolución del procedimiento estimatoria de la revisión de oficio de un reglamento aprobado mediante Real Decreto son, en todo caso, los propios de la nulidad de pleno derecho, esto es, la eliminación pura y simple del reglamento con efectos *ex tunc* y la subsistencia, salvo revisión de oficio, de los actos firmes dictados durante su vigencia. A este respecto, he de recordar que el procedimiento tiene como objeto únicamente los actos y disposiciones generales nulos de pleno derecho.

La desestimación del recurso de revisión instado contra un Real Decreto reglamentario, por el contrario, determina con arreglo a la legislación vigente la imposibilidad de que el particular interesado ejercite una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa pretendiendo la declaración de nulidad de la resolución dictada en el procedimiento revisorio. Y ello, de acuerdo con los rotundos términos recogidos en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1.999 de 13 de enero (<<Por otra parte, se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad>>). En este punto, he de señalar que la jurisprudencia examinada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo no ofrece ningún ejemplo de

¹³ J.S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y bloque de legalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, p. 159; E. GARCIA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 226.

impugnación judicial de la resolución recaída en un procedimiento de revisión de oficio respecto de una norma aprobada por Real Decreto que se hubiera tramitado conforme a la vigente redacción del artículo 102 LRJAPYPAC.

Por otra parte, el número 4 del artículo 102 prescribe que, al declarar la nulidad de la disposición, podrán establecerse en la misma resolución las indemnizaciones que proceda reconocer a los <<interesados>>, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de la Ley, es decir, que concurra un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico sufrido por el particular durante el tiempo que la norma nula de pleno derecho tuvo una apariencia de validez en el mundo del Derecho.

Finalmente, cabe señalar que transcurridos tres meses desde que se hubiera iniciado el procedimiento de revisión de la disposición general aprobada por Real Decreto sin que se haya dictado la resolución, se producirá la caducidad del mismo (art. 102. 5 LRJAPYPAC).

3.- LA SANCIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS EN CONSEJO DE MINISTROS POR SER DECLARADOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

A.- La declaración de nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto en el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 LRJAPYPAC.

El presente apartado tiene como objetivo examinar el contenido de la declaración que pone fin al procedimiento de revisión de oficio de un reglamento aprobado mediante Real Decreto, declarando la nulidad de la disposición general sometida a revisión de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 102 LRJAPYPAC.

Pues bien, la Resolución que dicta en tal caso el Consejo de Ministros consiste en declarar nulo de pleno derecho total o parcialmente el Real Decreto reglamentario fundándose en que el mismo incurre en una o varias de las infracciones establecidas en el artículo 62.2 LRJAPYPAC. Por consiguiente, la norma sometida al procedimiento de revisión incurriría en infracción de alguno de los siguientes vicios: infracción de la Constitución; de normas con fuerza de ley; regular materias reservadas a ley sin previa habilitación normativa o, finalmente, contener una regulación restrictiva de derechos individuales o sancionadora no favorable para los particulares, esto es, la denominada retroactividad *in pejus*.

En todo caso, ha de partirse de la consideración de que el artículo 102 de la LRJAPYPAC regula el procedimiento de revisión de oficio de los actos y disposiciones generales nulas de pleno derecho. La revisión de los actos anulables en determinados supuestos se regulaba antes de la Ley 4/1.999 de 13 de enero en el artículo 103 y en la actualidad ha sido suprimida. Por consiguiente, la declaración de nulidad de la disposición general del Gobierno, se enmarca dentro del régimen común de nulidad de pleno derecho de actos

administrativos. J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA¹⁴ lo concreta en los siguientes caracteres:

1) La nulidad absoluta puede alegarse en cualquier tiempo (<<*quod ab initium vitiosum est tractu tempore convallescere non potest*>>).

2) La nulidad absoluta produce efectos <<*ex tunc*>>, es decir, se retrotrae al momento en que se dictó el reglamento.

3) El reglamento nulo de pleno derecho carece <<*ab initio*>> de efecto alguno, de modo que los actos que sean consecuencia del mismo son igualmente nulos: *quod nullum est nullum effectum producit*.

Esta regla, no obstante, se encuentra atemperada en cuanto a los actos de aplicación de las disposiciones generales del Gobierno, como se expone más adelante, por la regla contenida en el antiguo artículo 120 LPA en atención al principio de seguridad jurídica.

4) El Real Decreto nulo no puede ser sanado del vicio de que adolece por el transcurso del tiempo, por consentimiento de los destinatarios aquietándose ante el mismo, ni tampoco por confirmación del órgano competente.

No obstante lo anterior, conviene advertir que existe en nuestra doctrina administrativa una viva polémica sobre cuál sea el régimen jurídico de

¹⁴ F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1.999)*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, p. 200.

invalidez de las disposiciones generales. La discusión doctrinal se concreta en determinar si toda infracción del Ordenamiento jurídico en que incurra un reglamento (como, v.gr., el aprobado por Real Decreto) se encuentra sancionada con la nulidad de pleno derecho o si cabe calificar determinadas infracciones como determinantes de mera anulabilidad. La cuestión puede plantearse en los siguientes términos:

El artículo 47.2 LPA determinaba que <<también serían nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de LRJAE>>. Pues bien, tal remisión resultaba problemática por cuanto este precepto se limitaba a reiterar la nulidad de las disposiciones que infringieran lo <<establecido en los artículos anteriores>>, sin precisar exactamente cuales eran (el art. 27 recogía supuestos puntuales de reserva de ley vedados al reglamento; el art. 26 reiteraba tal prohibición en relación con las materias de la exclusiva competencia de las Cortes e incluía la de dictar disposiciones contrarias a las leyes; el art. 25 se refería a la forma de las disposiciones y resoluciones y el art. 23 establecía el principio de jerarquía de los reglamentos).

En la actualidad, tras la aprobación de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre y la Ley 4/1.999 de 13 de enero, el planteamiento de la cuestión continúa siendo similar aunque centrado en la interpretación del artículo 62.2 de la LRJAPYAC que plantea menos dudas sobre los supuestos expresamente declarados como nulos de pleno derecho (<<también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de las

disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales>>).

1) Con fundamento en lo anterior, parte de la doctrina (R. GÓMEZ-FERRER MORANT, J.S. PINIELLA SORLI, E. GARCÍA DE ENTERRIA)¹⁵ y de la jurisprudencia (SSTS de 19 de octubre de 1.962, 9 de febrero de 1.963, 22 de enero de 1.964 y 3 de febrero de 1.968) ha venido manteniendo la regla general de la nulidad de pleno derecho para las disposiciones administrativas, al contrario de lo que sucedía para los actos no normativos de la Administración. La generalidad de la citada regla de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos como los aprobados en Consejo de Ministros se funda, en concreto, en las siguientes consideraciones:

a) El reglamento es un acto jurídico unitario por lo que no puede separarse entre la disposición general y el acto jurídico que le da vida (Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, en relación con el presente objeto de estudio).

A la vez, la disposición general es un acto jurídico de la Administración que está constituido por diversos elementos (competencia, procedimiento, fin, contenido, forma, etc); y por ello, la disposición general es contraria a la Ley - y por ende nula de pleno Derecho- cuando vulnera cualquiera de tales elementos.

¹⁵ R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, p. 393; J. S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y Bloque de constitucionalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, pp. 158 y 159; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 10ª edic., Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 218-221.

b) Resulta ajustado al principio de proporcionalidad el que se sancione con la nulidad *ab initio* toda infracción del procedimiento de elaboración de los reglamentos por cuanto las normas de procedimiento son garantía de la legalidad, acierto y oportunidad en el ejercicio de una competencia de interés público tan relevante como la normativa.

c) El mismo procedimiento de elaboración de los reglamentos se encuentra regulado en la Ley por lo que la falta de su cumplimiento supone una infracción de Ley.

Como afirma E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶, en todo el problema de los reglamentos ilegales la cuestión es siempre la misma y sumamente simple: si se diese eficacia a un reglamento que está en contradicción con una ley ello supondría negar esa misma eficacia a una ley en pleno vigor, concretamente a la ley infringida por dicho reglamento lo que supondría la más grave trasgresión de las bases del Ordenamiento.

d) Respecto de las infracciones del Ordenamiento jurídico que no puedan reconducirse fácilmente a una infracción de ley, como una infracción de los principios generales del derecho, ha de tenerse en cuenta que concurren respecto de las mismas los caracteres de insubsanabilidad e imprescriptibilidad (como lo pone de manifiesto, v.gr., el recurso indirecto contra reglamentos que no está sujeto a plazos de impugnación). Además, en todo caso, existe un interés público prevalente en la recta formación del Ordenamiento jurídico.

¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 221.

e) El artículo 6 LOPJ avala hoy esta conclusión al prohibir del modo más categórico a los Jueces y Tribunales aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley, cualquiera que sea ésta, o al principio de jerarquía normativa. El precepto establece taxativamente <<no aplicarán>>, es decir, habrán de ser sencillamente desconocidos por el juzgador, como si no hubieran sido dictados. Y en eso precisamente, y no en otra cosa, consiste la nulidad de pleno derecho.

2) Para otro sector doctrinal (F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA)¹⁷ y jurisprudencial (STS de 17 de junio de 1.975), por el contrario, la tesis de <<la sanción extrema en todo caso de la nulidad de pleno derecho para el reglamento>> mereció alguna reserva, fundándose en que, por una parte, la misma no se justificaba textualmente en los artículos 26 y 28 LRJAE y el art. 47 de la LPA y, por otra, supone un tratamiento igualitario que rompe con la proporcionalidad entre la vulneración y la sanción legal o introduce una equiparación entre situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente.

En consecuencia, parece más seguro distinguir entre los supuestos en que la infracción lo es de una norma de procedimiento (en cuyo caso han de seguirse, como regla general, los mismos criterios que para los actos no normativos en cuanto a supuestos determinantes de nulidad o anulabilidad) y las demás infracciones (determinantes de nulidad absoluta).

¹⁷ F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1.992 y 4/1999)*, 3ª edic., Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 217-219.

Finalmente, respecto de la fórmula recogida en el artículo 62.2 LRJAPYAC, J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA afirma que es, desde luego, más concreta y clara que la utilizada en el precedente artículo 47.2 de la LPA pero no altera sustancialmente los supuestos expresamente determinados como de nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, entiende plenamente aplicable la tesis mantenida respecto del régimen precedente.

B.- Los efectos de la declaración por el Consejo de Ministros de la nulidad de un Real Decreto reglamentario.

En cuanto a la determinación de los efectos de la declaración de nulidad de un Real Decreto reglamentario sobre los actos dictados a su amparo, la generalidad de la doctrina considera vigente la regla contenida en el artículo 120 LPA según el cual: <<La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma>>. En concreto, J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA¹⁸ afirma que el hecho de que la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre haya derogado este precepto -junto con todos los que integraban el Título V de la LPA- hará discutible la subsistencia de esta fórmula ponderada y pragmática que, sin embargo, considera vigente aunque no sea más que por las exigencias de la seguridad jurídica, la buena fe y la equidad que la nueva Ley recoge en relación con las facultades de revisión de oficio de los actos (art. 106

¹⁸ J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1.992 y 4/1.999)*, 3ª edic., Editorial Cívitas, Madrid. 2.000, pp. 217 y 218.

LRJAPYPAC), pero que deben extenderse analógicamente a las demás acciones impugnatorias.

Cita a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 9 de octubre de 1.996 que declara la vigencia de la regla contenida en el artículo 120 LPA, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1.989, de 20 de febrero, contraria a la revisión de las actuaciones administrativas firmes.

Finalmente, destaca que el artículo 102.4 LRJAPYPAC, tras la modificación operada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, declara la posibilidad de indemnizar a los destinatarios de una disposición general nula de pleno derecho, <<sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma>>. Regla que obviamente ha de extenderse a los supuestos en que se declare en vía de recurso jurisdiccional.

R. GÓMEZ-FERRER MORANT¹⁹, por su parte, examinó, en el régimen jurídico precedente de la LPA, los efectos que la declaración de nulidad de pleno derecho de un reglamento como los aprobados por el Consejo de Ministros tiene respecto de los actos dictados hasta la fecha en que se produjo tal declaración. Pues bien, adaptando su estudio a la legislación actualmente vigente pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1.- **En cuanto a los actos firmes**, la resolución no convierte *per se* a tales actos en nulos de pleno derecho puesto que en nuestro Ordenamiento jurídico las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos son

¹⁹ R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de Reglamentos y Actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, pp. 394-397.

tasadas, y entre ellas no figura la de haberse dictado al amparo de un reglamento ilegal (art. 62.1 LRJAPYPAC).

Es en una segunda fase, una vez declarada la nulidad de la disposición, cuando la Administración ha de plantearse la actuación que debe desarrollar en relación con dichos actos, en orden a su revisión. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que las situaciones que pueden plantearse son muy variadas -en función de la ilegalidad de que adoleciera el reglamento-, pudiendo hacerse referencia sintéticamente a las siguientes:

a) *El acto puede ser nulo de pleno derecho* si la ilegalidad de la disposición ha dado lugar a que se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 62.1 de la LRJAPYPAC. En todo caso, la Administración podrá revisarlo en cualquier tiempo, sea o no declarativo de derechos.

b) *El acto puede ser anulable* por haber incurrido en una infracción del Ordenamiento jurídico, supuesto que puede plantearse especialmente cuando el reglamento sea ejecutivo y haya sido anulado por infringir de forma clara, notoria y grave la ley que venía a desarrollar. Pues bien, en tal hipótesis los actos dictados a su amparo pueden incurrir fácilmente en el supuesto del artículo 63 LRJAPYPAC; y de aquí que quepa la revisión de oficio en cualquier tiempo si los actos no son declarativos de derechos y, en caso contrario, mediante declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa durante los cuatro años siguientes a que el acto fuera adoptado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 LRJAPYPAC.

c) *El acto dictado al amparo de una disposición ilegal, paradójicamente, puede ser legal*, en cuyo caso, tal acto quedará subsistente y sin posibilidad alguna de revisión en base a su ilegalidad. Piénsese, por ejemplo, en el acto dictado al amparo de un reglamento ejecutivo anulado por vicios de procedimiento y no de contenido, en tal caso el acto administrativo no es nulo de pleno derecho ni tampoco anulable. Y, en consecuencia, no puede ser anulado mediante el procedimiento de revisión.

2.- Respecto de los actos que no sean firmes, la solución no puede ser otra que la de su subsistencia, dado que en relación con dichos actos se pueden plantear las mismas situaciones ya examinadas: pueden ser nullos de pleno derecho, anulables e incluso válidos. La diferencia sustancial respecto de los actos firmes es, sin embargo, clara: en el supuesto que contemplamos la declaración de nulidad podrá hacerse valer al resolver el recurso interpuesto contra el acto no firme sin necesidad de acudir a la vía de revisión.

Esta afirmación, no obstante, debe ser matizada ya que, como sostiene la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, la Administración no puede resolver un recurso en perjuicio del recurrente acudiendo a la *reformatio in peius*, por lo que en tal caso el restablecimiento del Ordenamiento jurídico no podrá efectuarse en vía de recurso sino acudiendo a la declaración de lesividad del acto anulable y posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa o a la revisión de oficio del acto nulo de pleno derecho.

La jurisprudencia analizada confirma la tesis sostenida por la doctrina administrativa, según la cual, la declaración de nulidad de un Real Decreto reglamentario no impide la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación del mismo. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de 7 de octubre de 1.992 (Ar. 8.461), F.J. 3º, y 4 de enero de 1.999 (Ar. 52. Ponente: J. ROUANET MOSCARDÓ). En concreto, la última de las Resoluciones Judiciales en su F.J. 4º declara:

“En numerosas ocasiones esta Sala ha tenido, ya, la oportunidad de sentar una doctrina acorde con el criterio adoptado por la sentencia aquí recurrida, que ha efectuado, en definitiva, una interpretación del artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 73 de la nueva Ley de esta Jurisdicción, 29/1998, de 13 de julio, (que ha entrado en vigor el 14 de diciembre de dicho año) atemperada al ordenamiento jurídico.

El principio de seguridad jurídica rige dichos preceptos, con el fin de evitar que la anulación posterior de una disposición de carácter general reglamentario haga decaer la eficacia de actos administrativo consentidos o no impugnados adoptados al amparo de la norma posteriormente anulada.

Constantemente, la doctrina de esta Sala ha negado que pueda hablarse de error de hecho en una declaración-liquidación practicada bajo la égida de una norma después declarada nula.

De reiteradísima califica la Sentencia de 28 de mayo de 1994 la jurisprudencia que interpreta el artículo 120.1 en el sentido indicado.

Y, por tratarse casi del mismo supuesto que ahora nos ocupa, es obligado reafirmar, aquí, la doctrina sentada, por esta Sala y Sección, en las Sentencias de 17 de octubre de 1996 y 7 de febrero de 1998.

Conforme a las mismas, aun cuando es cierto que la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho a tenor de lo expresamente establecido en el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, debe producir sus efectos «ex tunc» y, por consiguiente, y en principio, provoca la pérdida de la virtualidad legitimadora de cualquier acto que en ella pretenda ampararse, no lo es menos que, por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica, como esta Sala tiene declarado en Sentencias de 30 de marzo y 4 de mayo de 1993, y en garantía de las relaciones establecidas, la comentada eficacia del acto se encuentra amparada por el precitado artículo 120.1 de la tan repetida Ley Procedimental, aplicable tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los de recurso jurisdiccional (como se infiere, ahora, también, del artículo 73 LJCA 29/1998), que dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, con equiparación, por tanto, de la anulación a la derogación, aunque sólo, como queda dicho, respecto de los actos firmes, persistiendo, en cuanto a los de diferente naturaleza, la posibilidad de impugnarse si así lo permite la legalidad aplicable, una vez declarada nula la disposición general.”

El principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución impone, pues, la subsistencia de los actos dictados durante la vigencia del Real Decreto reglamentario declarado nulo equiparando en este punto concreto la declaración de nulidad del reglamento con su derogación aunque sólo respecto de los actos firmes. Por lo tanto, los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad del Gobierno no se aplican a los actos que han ganado firmeza en vía administrativa o judicial.

Por último, cabe señalar que la Sentencia ya citada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de 7 de octubre de 1.992 (Ar. 8.461. Ponente:

J.L. MARTÍN HERRERO), F.J. 3º, sostiene que la declaración de nulidad de un reglamento del Gobierno afecta también a sus cláusulas derogatorias por lo que un reglamento derogado por otro posterior declarado nulo recobra su vigencia con la declaración de nulidad de éste, produciéndose así el fenómeno de <<reviviscencia de la norma derogada>>.

C.- El particular denunciante carece de acción de nulidad para actuar en vía contencioso-administrativa recurriendo la resolución desestimatoria del procedimiento de revisión de un Real Decreto reglamentario.

El artículo 102.1 de la LRJAPYAC establece con toda claridad que el procedimiento de revisión de disposiciones generales únicamente puede ser declarado de oficio por la Administración pública competente. Por consiguiente, la iniciación se realizará mediante denuncia del particular, petición de un superior o decisión razonada del propio órgano que resuelva, en el presente caso el Consejo de Ministros, pero la tramitación del procedimiento se realizará de oficio. Los particulares denunciadores, en consecuencia, no pueden ser considerados como interesados a los efectos de su participación en el procedimiento ni pueden, asimismo, ejercitar acción alguna ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la resolución que se dicte.

Esta interpretación coincide con la mantenida por J. GONZÁLEZ PÉREZ²⁰ en el estudio pormenorizado que realiza del procedimiento de revisión de disposiciones generales establecido en la Ley de Procedimiento Común. En tal sentido se pronuncia, además, la Exposición de Motivos de la Ley 4/1.999 de 13 de enero cuyo parágrafo V afirma literalmente que <<se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad>>.

La redacción final del artículo 102 LRJAPYAC obedece a la recomendación realizada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de enero de 1.998 (Rec. 16/98), número de expediente 5.356/97, Consideración 4ª, que motivó la supresión del reconocimiento expreso que de la acción de nulidad frente a las disposiciones generales contenía el Anteproyecto de la citada Ley de reforma. En concreto, afirma:

“El artículo proyectado no sólo reconoce la potestad de la Administración de revisar de oficio las disposiciones administrativas nulas sino que parece extender la “acción de nulidad”, reconocida para los actos nulos, a dichas disposiciones administrativas. Sería conveniente reconsiderar esa extensión y reflexionar sobre las ventajas de limitar la acción de nulidad a los actos. La protección del derecho e interés de los administrados resulta suficientemente garantizada en la vía administrativa con los dos medios que el anteproyecto les reconoce para impugnar disposiciones administrativas de carácter general que consideren nulas: la interposición de recurso de reposición directo, que en la Ley vigente no existe (art. 107.3, párrafo primero en la redacción del anteproyecto) y la interposición del recurso contra un acto administrativo que se

²⁰ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992 de 26 de noviembre)*, 2ª edic., Editorial Cívitas, Madrid, 1.999, p. 2.224.

funde en la nulidad de una disposición administrativa (art. 107.3, párrafo segundo). Abrir una vía más que permita a los interesados “en cualquier momento -es decir sin límite alguno de tiempo- instar la nulidad de una disposición general –en lo que sería propiamente una impugnación directa- puede ser más gravemente perturbadora para la seguridad jurídica que útil para contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico. La eventual acogida de la sugerencia tendría su articulación más clara y adecuada previendo en apartados distintos la revisión de oficio de actos y la de disposiciones. El reajuste así planteado habría de alcanzar, de modo implícito o explícito –según los términos en que tal reajuste se hiciera-, al artículo 118.3 de la Ley 30/1.992.”

La posición del Consejo de Estado contenida en el Dictamen de 22 de enero de 1.998 fundaba, por consiguiente, su rechazo al otorgamiento de una acción de nulidad derivada de la desestimación de la revisión de oficio de una disposición general en que la protección del derecho e interés de los administrados resultaba suficientemente garantizada en la vía administrativa con los dos medios que el Anteproyecto reconocía a los sujetos interesados para impugnar las disposiciones administrativas de carácter general que considerasen nulas:

a) La interposición de recurso de reposición directo, que en la Ley vigente no existe (art. 107.3, párrafo primero en la redacción del anteproyecto) [*suprimida posteriormente por una enmienda del Grupo Socialista*] y;

b) La interposición del recurso contra un acto administrativo que se funde en la nulidad de una disposición administrativa (art. 107.3, párrafo segundo) cuya resolución no permite por sí misma al órgano competente para resolverlo, el Consejo de Ministros en el caso de que se trate de Reales

Decretos, declarar la nulidad de la disposición general indirectamente impugnada.

Por otra parte, estimaba el meritado Dictamen del Consejo de Estado que el establecimiento de la acción de nulidad para el particular derivada del recurso de revisión contra reglamentos suponía, en definitiva, habilitar a los interesados una vía procesal permanente ante la jurisdicción contencioso-administrativa para ejercer una impugnación directa contra los reglamentos (v.gr., contra los Reales Decretos reglamentarios). Y tal posibilidad era considerada gravemente perturbadora para la seguridad jurídica no siendo suficientemente relevante, a los efectos de estimar oportuna su regulación legal, la utilidad que pudiera tener tal acción en la depuración del Ordenamiento jurídico.

Quien desarrolla la presente investigación entiende, por el contrario, que dicho razonamiento jurídico incurre en un error grave y evidente. En efecto, considerar que puede imperar la seguridad jurídica entre los destinatarios de una disposición general cuando existen sospechas por los particulares afectados de que determinadas normas, que por su misma naturaleza son de aplicación general e indefinida en el tiempo, resultan contrarias a la Constitución, la Ley o los principios generales del Derecho resulta del todo punto incoherente.

Por lo demás, los medios citados en el Dictamen del Consejo de Estado como alternativos en vía administrativa de la mera denuncia del particular, en un procedimiento de revisión de disposiciones generales como los Reales Decretos reglamentarios, ya he explicado detalladamente que o bien no fueron

finalmente establecidos (caso del recurso de reposición contra normas) o bien no permiten por sí mismos la depuración de los reglamentos contrarios al Ordenamiento jurídico (artículo 107.3 LRJAPYPAC).

En este punto, he de citar a E. GARCÍA DE ENTERRÍA²¹ que se muestra partidario de sostener la existencia de la acción de nulidad para el particular denunciante en el supuesto de desestimación de su petición de revisión de un reglamento fundada en causa de nulidad de pleno derecho. Así, en concreto, afirma que pretender deducir de la nueva redacción del artículo 102 LRJAPYPAC la eliminación de la acción de nulidad para poder exigir en cualquier momento de la Administración la eliminación del reglamento inconstitucional o ilegal sería un auténtico contrasentido como en su día advirtió la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1.984, pues carece de toda lógica <<estimar imprescindible la acción impugnatoria frente a los actos administrativos viciados de nulidad de pleno derecho y mantener en cambio la impugnación frente a normas reglamentarias sujeta al rigor de los plazos preclusivos de los recursos, siendo así que la depuración de ilegalidades de los reglamentos, dada la mayor perturbación para el ordenamiento jurídico que su invalidez supone, reclama un tratamiento menos restrictivo>>.

4.- REFLEXIONES FINALES RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

²¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 227.

El examen de la LRJAPYPAC revela que el legislador estatal ha diseñado, como medios para que las Administraciones públicas y más concretamente el Gobierno de la Nación controle la conformidad con el Derecho de sus normas reglamentarias, dos procedimientos cuya iniciación puede ser instada por los particulares en cualquier momento.

En primer lugar, el artículo 107.3 LRJAPYPAC regula el denominado recurso administrativo indirecto, o recurso *per saltum*, que permite interponer un recurso administrativo directamente ante el órgano que dictó el reglamento en cuya ilegalidad se funda la impugnación del acto (el Consejo de Ministros en el caso de los Reales Decretos reglamentarios).

De acuerdo con la redacción del citado precepto, el Consejo de Ministros, en cuanto Órgano competente para resolver el recurso interpuesto en el caso de que la impugnación se funde en la ilegalidad de un Real Decreto normativo, puede ser respecto del acto directamente impugnado:

1.- El propio Órgano autor del acto que se recurre, en cuyo caso estaríamos propiamente ante un recurso de reposición.

2.- El Órgano inmediato superior jerárquico del que acordó su aprobación, dando lugar a un recurso de alzada.

3.- Y, finalmente, el Órgano superior que culmina la jerarquía administrativa, que no constituye el inmediato superior jerárquico del autor de del acto, lo que supone ciertamente una excepción procedimental de la regla

de competencia que para interponer recursos administrativos se encuentra prevista en el artículo 114 LRJAPYPAC.

En dicho procedimiento, el escrito inicial presentado por el particular tiene un doble carácter pues, por una parte, sirve para interponer un recurso administrativo contra un acto y, por otra, permite instar la revisión de oficio del reglamento en el que dicho acto se funda. De este modo, en definitiva, se produce una acumulación de acciones ante el Consejo de Ministros con ocasión de la impugnación que se hace de la aplicación de un Real Decreto reglamentario fundada exclusivamente en la nulidad de la disposición general. Por consiguiente, la presentación del escrito de interposición del recurso contra el acto administrativo por el particular obliga al Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 107.3 LRJAPYPAC, a cuestionarse si concurren respecto de la norma aprobada mediante Real Decreto las razones de ilegalidad formuladas por el recurrente a los efectos de incoar el oportuno procedimiento de revisión de oficio de disposiciones generales. Lo contrario equivaldría, como ya he señalado, por una parte, admitir la posibilidad de interponer un recurso contra reglamentos en vía administrativa contra la prohibición expresa de carácter general contenida en el propio artículo de la LRJAPYPAC. Pero, además, por otra, eximiría al Ejecutivo estatal de obtener el dictamen favorable del Consejo de Estado para declarar la nulidad del Real Decreto normativo indirectamente recurrido, al eludir el procedimiento de revisión de oficio para obtener la declaración invalidante. Y dicha exención carece de sentido si se tiene en cuenta tanto la plena equiparación del supuesto examinado con la incoación de un procedimiento de revisión de oficio de una disposición general a instancia de un particular como la trascendencia que la

declaración de nulidad de un reglamento del Gobierno tiene para el conjunto de actos administrativos que fueron dictados durante su vigencia

En segundo término, la vigente redacción del artículo 102 LRJAPYPAC regula detalladamente el procedimiento extraordinario de revisión de las disposiciones generales nulas de pleno derecho que permite a la Administración que dictó el reglamento, la Administración General del Estado respecto de los reglamentos del Gobierno, proceder <<de oficio>> a examinar la conformidad a Derecho del mismo. La resolución que declare la nulidad de la norma reglamentaria exigirá en todo caso el dictamen favorable del Consejo de Estado quedando a salvo, por otra parte, los actos firmes dictados durante su vigencia.

Pues bien, en relación con la posibilidad de revisión de oficio de los Reales Decretos reglamentarios con anterioridad a la reforma del artículo 102 LRJAPYPAC producida por la Ley de 13 de enero de 1.999, la jurisprudencia examinada del Tribunal Supremo permite concluir que durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo, tanto la Administración del Estado como la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, fundándose en lo preceptuado en el artículo 109 LPA y en la Orden de 12 de diciembre de 1.960, estimaron recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa la denegación de la incoación del procedimiento revisorio respecto de reglamentos dictados por el Consejo de Ministros. Al producirse la aprobación de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, la jurisprudencia contemplada por la doctrina administrativa ponía sin embargo de manifiesto como la redacción originaria del artículo 102.1 LRJAPYPAC justificaba plenamente la creencia en la existencia de una intención clara del legislador

contraria a la continuidad en nuestro Ordenamiento jurídico del procedimiento de revisión de oficio contra las disposiciones generales como las aprobadas mediante Real Decreto. En efecto, el artículo 102.1 LRJAPYPAC mencionaba, como objeto material propio de dicho procedimiento, al artículo 62.1 de la citada Ley relativo a los actos administrativos y no el párrafo segundo del artículo 62 referido a las disposiciones generales. Y ello a pesar de que la interpretación realizada por la mayoría de la doctrina científica así como la posición manifestada por el propio Consejo de Estado en sus dictámenes en relación con la pervivencia en nuestro Derecho del procedimiento de revisión de oficio contra los reglamentos era abiertamente favorable a su mantenimiento, en ausencia de una voluntad explicativa del cambio legislativo producido con la aprobación de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre.

En la actualidad, resueltas todas las dudas que existieron sobre la vigencia del procedimiento de revisión de oficio de disposiciones generales mediante la nueva redacción del artículo 102 LRJAPYPAC aprobada el 13 de enero de 1.999, ha de destacarse que los efectos de la resolución del procedimiento revisorio de un Real Decreto reglamentario son, en todo caso, los propios de la nulidad de pleno derecho, es decir, la eliminación pura y simple del reglamento del Gobierno con efectos retroactivos al momento de su entrada en vigor (efecto *ex tunc*) y la subsistencia, salvo revisión de oficio, de los actos firmes dictados durante su vigencia. La jurisprudencia examinada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de conformidad con la opinión científica mayoritaria y ya con anterioridad a la última Ley de la Jurisdicción 29/1.998 de 13 de julio, mantiene la tesis, según la cual, la declaración de nulidad de una disposición general aprobada mediante Real Decreto no impide la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación del mismo. Y ello en

atención al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE que impone, como regla general, que los efectos retroactivos de la declaración de nulidad del Gobierno no se aplican a los actos administrativos dictados durante la vigencia del Real Decreto normativo declarado nulo. Asimismo, conviene resaltar que la declaración de nulidad de un reglamento del Ejecutivo en vía administrativa, del mismo modo que la que se produce con ocasión una declaración judicial como ha destacado la doctrina jurisprudencial examinada, afecta también a sus cláusulas derogatorias recobrando su plena vigencia los Reales Decretos reglamentarios que fueron derogados por el declarado nulo.

El último de los procedimientos administrativos de la LRJAPYAC analizados que facilita el control permanente del Gobierno sobre sus propios reglamentos aprobados por Real Decreto adolece, sin embargo, a mi juicio de una carencia notable consistente en la negación expresa de una acción de nulidad para el particular que, eventualmente, puede haber denunciado la norma sometiéndola al control del Ejecutivo. Dicha falta, derivada la iniciación del procedimiento de revisión exclusivamente <<de oficio>> por la Administración competente, fue asumida de modo consciente por el legislador siguiendo la recomendación contenida en el Dictamen del Consejo de Estado de 28 de enero de 1.998, número 5.356/97, que proponía la supresión del reconocimiento expreso que de tal acción de nulidad contenía el Anteproyecto de la Ley de modificación de la LRJAPYAC aprobada el 13 de enero de 1.999 (vid. Exposición de Motivos, párrafo V) para evitar una multiplicación de la litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa. La medida legislativa adoptada carece, sin embargo, de suficiente respaldo jurídico. En efecto, el principio general de sometimiento pleno del Estado a la Ley y al Derecho exige que los particulares, cuya denuncia de nulidad de pleno

derecho de un reglamento como los aprobados por Real Decreto no haya sido atendida por la Administración pública, puedan reiterar su pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa en atención, precisamente, al interés público prioritario existente en asegurar la constitucionalidad y legalidad del conjunto del Ordenamiento jurídico.

**EL RÉGIMEN JURÍDICO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES
DECRETOS REGLAMENTARIOS (CONTINUACIÓN).**

CAPÍTULO X

EL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN DERECHO COMPARADO.

CAPÍTULO X

EL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN DERECHO COMPARADO.

1.- LOS SISTEMAS CONTINENTALES DE CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

A.- Francia.

a.- Idea general sobre el control de las normas reglamentarias del Gobierno en Francia.

b.- Procedimientos previstos por el Ordenamiento jurídico francés para someter a control judicial los Decretos reglamentarios.

c.- Las técnicas empleadas por el contencioso-administrativo francés para controlar la potestad reglamentaria del Gobierno.

B.- Italia.

a.- La conformación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Italia.

b.- El cuadro de acciones a interponer ante la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la actividad administrativa del Gobierno.

C.-Alemania.

a.- El nacimiento y desarrollo histórico de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania.

b.- El sistema actual de control judicial de la actividad de las Administraciones públicas.

c.- Técnicas de control judicial de la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas.

2.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

A.- El Reino Unido.

a.- El juez inglés controla la legislación delegada como producto del Ejecutivo a diferencia de la inmunidad de que gozan las leyes del Parlamento en cuanto expresión de la soberanía.

b.- Alcance del control de los poderes normativos del Gobierno Británico.

c.- La estructura general del sistema judicial británico aplicable a Inglaterra y Gales.

d.- Técnicas de control judicial sobre la normativa delegada o *delegated legislation*.

e.- Los remedios procesales existentes contra la legislación delegada que vulnera los poderes normativos otorgados por el Parlamento.

B.- Los Estados Unidos de América.

a.- Mecanismos de control del ejercicio por el Gobierno Federal del poder delegado por el Legislativo para dictar disposiciones generales.

b.- Supuestos de control jurisdiccional de la legislación delegada dictada por el Ejecutivo federal.

3.- CONSIDERACIONES FINALES.

CAPÍTULO X

EL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO EN DERECHO COMPARADO.

En el presente Capítulo me propongo realizar una exposición general de los sistemas de control judicial que, respecto de la potestad reglamentaria de los Gobiernos nacionales se establecen en los principales Ordenamientos jurídicos de Derecho comparado. No se trata, por supuesto, de realizar una descripción detallada de cada uno de los regímenes jurídicos vigentes sino de mostrar una visión de conjunto de los distintos mecanismos de impugnación existentes de los reglamentos dictados por los respectivos Gobiernos que permita comprender cual es la situación actual del control reglamentario en los principales Derechos internacionales y, especialmente, en la Unión Europea.

Las fuentes empleadas, como consecuencia del planteamiento expuesto, no son en modo alguno exhaustivas de cada uno de los ordenamientos jurídicos abordados, tarea que por otro lado supondría el objeto de varias tesis doctorales, sino que principalmente se parte de los datos suministrados por la doctrina administrativa española que incidentalmente ha estudiado el tema de los procesos jurisdiccionales de la potestad reglamentaria del Ejecutivo en Derecho comparado. En consecuencia, la exposición que sigue a continuación debe entenderse como una breve noticia sobre los sistemas de control jurisdiccional del reglamento del Gobierno en la tradición del Derecho continental europeo y anglosajón.

Pues bien, el estudio del Derecho comparado ofrece en este punto, al igual que en el examen de la potestad reglamentaria de los Estados, una primera gran distinción entre países pertenecientes al régimen de Derecho continental, en los que el reglamento se define como una norma subordinada a la Ley dictada en el ejercicio de una potestad administrativa que por ello se encuentra sometida al control especializado de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por otra parte, los incluidos en el Derecho anglosajón en los que el reglamento es legislación delegada (*delegated legislation*) y, por consiguiente, el control de la jurisdicción ordinaria se centra en el eventual carácter *ultravires* de la norma dictada respecto de la Ley delegante. Partiendo de la indicada distinción, inicio pues el análisis de los principales regímenes de control jurisdiccional de la normativa secundaria dictada por los respectivos Gobiernos nacionales.

1.- LOS SISTEMAS CONTINENTALES DE CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

A.- FRANCIA.

a.- Idea general sobre el control de las normas reglamentarias del Gobierno en Francia.

La doctrina francesa del siglo XIX distinguía, como ya he señalado en el Capítulo correspondiente al régimen jurídico de las clases de reglamentos en función de su relación con la Ley (Capítulo VIII del presente trabajo doctoral), entre <<*ordonner*>> y <<*règler*>>¹. En el primer caso, estarían los reglamentos de policía, que no serían reglas de derecho sino meras órdenes generales. En el segundo, se incluyen aquellos actos que por procurar o facilitar la ejecución de la Ley constituyen una especie de complemento de la misma. Estos últimos, se caracterizan por su generalidad, por no agotarse en su cumplimiento (<<*ils s'étendent dans l'avenir par leur prévoyance*>>), y por su carácter imperativo.

La consecuencia más importante de esta distinción es que los reglamentos de policía son, en la concepción de la época, meros actos administrativos, sujetos al recurso por <<*excès de pouvoir*>> desde mediados del siglo XIX. Los segundos, debido a su carácter <<semilegislativo>> atribuido por la doctrina, no eran susceptibles de ser impugnados directamente en vía contenciosa (aunque sí estaban sujetos a una simple inaplicación por el Juez ante el que se instase su ejecución).

¹ G. GARCÍA ÁLVAREZ, <<El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo>>, incluido dentro de la obra: *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. II. Coordinador L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 1.485 y 1.486.

Desde principios del siglo XX, sin embargo, los reglamentos de ejecución de las leyes (*règlaments d'administration publique*) también van a estar sujetos al recurso por <<excés de pouvoir>> a partir del conocido <<arrêt>> del Consejo de Estado de 6 de diciembre de 1.907². El reglamento participa de la naturaleza jurídica del acto administrativo y, como tal, su legalidad es controlable a través de los mismos procedimientos contencioso-administrativos.

Así, los reglamentos dictados por el Gobierno francés, cualquiera que sea su calificación (ejecutivos o independientes), son susceptibles de impugnación a través del recurso por exceso de poder. Y ha de recordarse en este punto que el recurso por *excés de pouvoir* constituye la gran invención del Consejo de Estado francés que comienza a considerarse por la doctrina plenamente consagrado precisamente a inicios del siglo XX (LAFERRIÈRE aún no lo comprendía en 1.889 y lo estimaba <<un cierto relajamiento de la doctrina jurídica>>)³.

² M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, núm. 19, Sirey, Paris, 1.984, pp. 74 a 78, citado por G. GARCÍA ÁLVAREZ, <<El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo>>, incluido dentro de la obra: *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. II*. Coordinador L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 1.486. En concreto, el arrêt del Consejo de Estado de 6 de diciembre de 1.907 es el denominado <<Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres>> o <<de las grandes compañías>>).

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 28, abril-junio, 1.988, p. 177.

b.- Procedimientos previstos por el Ordenamiento jurídico francés para someter a control judicial los Decretos reglamentarios.

En cuanto a la determinación de los procedimientos previstos por la legislación francesa para someter a control judicial la actividad administrativa, lo que incluye tanto los actos singulares como las disposiciones generales, F. MODERNE⁴ distingue los siguientes recursos contenciosos en función de cuales sean las pretensiones de las partes y de los poderes atribuidos al juez.

1.- Los recursos de anulación: el caso-tipo del recurso por exceso de poder.

El recurso por exceso de poder está justamente considerado como el procedimiento central del contencioso-administrativo francés, al que dio carta de naturaleza en una época en la que la Administración creía estar al margen de la Justicia en sus actividades como poder público.

⁴ F. MODERNE, Université de París (Pantheón-Sorbonne), <<La justicia administrativa en Francia (II): Proceso, técnicas de control. Ejecución de Sentencias>>, incluido dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 309-312.

Se trata del contencioso de anulación por excelencia, ya que diseña la acción por la que un particular solicita al juez de lo contencioso-administrativo la invalidez de un acto de la Administración en cuanto ilegal.

Se trata de un recurso objetivo dirigido contra un acto⁵, y no de un recurso que ponga en juego un derecho subjetivo del administrado. Esta peculiaridad histórica permite explicar algunas especificidades procedimentales del recurso. Así, se exigía al recurrente acreditar un interés propio para entender cumplida su *qualité pour agir*, pero esa exigencia se consideraba únicamente como un requisito de seriedad. M. HAURIOU, por su parte, mantenía que el recurrente por *excès de pouvoir*, más que defender algo propio ejercía la función de Ministerio Público por lo que actuaba <<en interés de ley>> y, en la actualidad, R. CHAPUS entiende que la intervención del particular es de <<utilidad pública>>, o más aún de <<orden público>>⁶.

Se trata de un recurso de <<Derecho Común>> en el sentido de que opera incluso cuando no haya sido previsto expresamente.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, Revista de Administración Pública, número 152, mayo-agosto, 2.000, p. 95, afirma que la citada expresión, <<proceso hecho a un acto>>, fue forjada a finales del siglo XIX por LAFERRIÈRE y, en la actualidad, R. CHAPUS sigue calificándola de excelente. El mismo autor destaca como, no obstante dicha calificación, innovaciones sucesivas han afectado a la pureza de esta perspectiva <<objetivista>> del recurso por exceso de poder (v.gr. Ley de 16 de julio de 1.980 y Decreto de 12 de mayo de 1.980, luego modificado en 1.988, en relación con los poderes de ejecución forzosa del juez administrativo; Decretos en relación con el réferé o tutela cautelar; y en fin, la Ley de 8 de febrero de 1.995 que ha extendido nuevamente los poderes de ejecución a todos los grados jurisdiccionales).

⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, Revista de Administración Pública, número 152, mayo-agosto, 2.000, pp. 94 y 95.

Asimismo, ha de destacarse que constituye la garantía principal contra la ilegalidad, dado que sanciona con la nulidad retroactiva los actos administrativos juzgados ilegales, sea cual fuere su rango en la jerarquía administrativa. Únicamente a él escapan los actos llamados de <<gobierno>>, que recogen las relaciones entre el Gobierno y los restantes poderes públicos constituidos, o con otros Gobiernos, y las medidas denominadas <<de orden público interno>>, las cuales se supone que no pueden afectar negativamente a los derechos de los administrados en relación con las necesidades de funcionamiento de ciertas instituciones administrativas.

Tras la Ley de 31 de diciembre de 1.987 (publicada en el <<*Journal Officiel*>> del día 1 de enero de 1.988), la generalidad de los recursos por exceso de poder contra reglamentos son deferidos a la competencia del Consejo de Estado. Dicho Órgano, no obstante, tradicionalmente venía siendo competente para conocer de los recursos contra Decretos aprobados por el Gobierno francés. Así el Decreto número 53-934, de 30 de septiembre de 1.953, de reforma del contencioso administrativo establece en su artículo 2 que <<el Consejo de Estado es el único competente para conocer en primera y única instancia sobre: 1º Los recursos por exceso de poder formulados contra Decretos reglamentarios o individuales>>. En este punto, conviene recordar el reciente proceso codificador de la justicia administrativa que ha tenido lugar en el Derecho francés en virtud de la *ordonnance* núm. 2000-287 de 4 de mayo en lo relativo a la legislación procesal, mientras que las disposiciones reglamentarias lo han sido mediante los *decrêts* núms. 2.000-238 y 2.000-239, de la misma fecha⁷.

⁷ El artículo 1 de la Ley 87-1.127 establece en su párrafo primero: <<Se crean los Tribunales Administrativos de Apelación competentes para resolver las apelaciones planteadas contra las resoluciones de los Tribunales

2.- Los recursos de plena jurisdicción o de pleno contencioso.

Los recursos de plena jurisdicción o de pleno contencioso son más frecuentes y, desde luego, diversos siendo su característica común la de permitir al juez ir más allá de la simple anulación del acto y sancionar los comportamientos irregulares de la Administración, ya sea acordando indemnizaciones por daños y perjuicios en supuestos de contratación o por responsabilidad extracontractual; sustituyendo a la Administración para adoptar una medida conforme a Derecho, o proclamando los resultados de unas elecciones cantonales o municipales en lugar de los órganos normalmente competentes.

3.- Los restantes recursos contenciosos.

El recurso de apreciación de la validez permite pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo con motivo de un proceso judicial cuya resolución condiona. En este caso, el acto cuestionado podrá ser declarado ilegal como consecuencia del proceso en curso, pero no será anulado por ello. Dicho recurso, entiendo que opera como un mecanismo de excepción de ilegalidad de los reglamentos en aquellos supuestos en los que se cuestiona indirectamente la legalidad de un Decreto reglamentario.

Administrativos, con excepción de las que se presenten por recursos de apreciación de legalidad en los litigios relativos a elecciones municipales, y en los recursos por exceso de poder planteados contra reglamentos>>>. En lo relativo al reciente proceso codificador de la justicia administrativa en Francia, S. DE LA SIERRA ha realizado un detallado comentario titulado *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia* que se encuentra publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo, número 116, octubre-diciembre, 2.002, p. 557 y ss.

El recurso de interpretación (directo o por reenvío), por su parte, permite pronunciarse sobre el sentido de un acto administrativo.

El contencioso represivo o quasi-represivo, en tercer término, habilita a la jurisdicción contenciosa para imponer sanciones por sí misma (caso de las sanciones disciplinarias emitidas por las jurisdicciones de las profesiones liberales, estando sometidas a renglón seguido las decisiones disciplinarias al control en casación ante el Consejo de Estado).

c.- Las técnicas empleadas por el contencioso-administrativo francés para controlar la potestad reglamentaria del Gobierno.

Finalmente, siguiendo también al citado Catedrático de la Universidad de París (*Pantheón-Sorbonne*)⁸, conviene exponer, sucintamente, cuales son las principales técnicas de control de la actividad administrativa empleadas por el contencioso-administrativo francés. En concreto, voy a aludir a los elementos de control de la legalidad que, de acuerdo con la presentación clásica del Derecho francés, pueden ser clasificados como externos o internos.

⁸ F. MODERNE, Université de París (Pantheón-Sorbonne), <<La justicia administrativa en Francia (II): Proceso, técnicas de control. Ejecución de Sentencias>>, incluido dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 319- 325.

1.- El control de la legalidad externa.

El control de la legalidad externa verifica el cumplimiento de los requisitos de promulgación del acto que no afectan al fondo del mismo y que son tradicionalmente la competencia y el procedimiento.

1) Las reglas de competencia, desde la perspectiva del Derecho administrativo francés, son de orden público. En consecuencia, los vicios de incompetencia se sancionarán de manera radical con la anulación del acto cuestionado.

2) El procedimiento administrativo, por su parte, cuando es definido como formalidad esencial, determina la nulidad del acto dictado sin su cumplimiento.

2.- El control de la legalidad interna.

1) El control del contenido.

a) El control del contenido de un acto en relación con la regla de Derecho aplicable comporta, a veces, el recurso genérico pero ambiguo al control sobre la <<violación de la ley>>. Sin embargo, sería mejor hablar de la <<violación de la regla del Derecho>>. No se trata de la violación de cualquier regla que tenga relación con el acto administrativo en litigio sino de la regla de fondo, tal y como resulta del conjunto de las fuentes de la legalidad existentes (la ley, pero también, la Constitución, los tratados internacionales

incorporados al ordenamiento jurídico interno y los principios generales del derecho).

En este punto, a modo de ejemplo, pueden citarse entre las decisiones de la Asamblea del Consejo de Estado mencionadas por la doctrina francesa que anulan Decretos reglamentarios por violación de una regla de Derecho, la Decisión de 16 de diciembre de 1.988 que anuló el artículo 3 del Decreto n° 85-1.316 de 11 de noviembre de 1.985 relativo a la pesca en agua dulce practicada por profesionales⁹ y la Decisión de 27 de noviembre de 1.995 que anuló el Decreto 87-190 de 20 de mayo de 1.987 relativo a la matrícula y a la tripulación de los barcos en la zona de las tierras australes y antárticas francesas¹⁰.

b) El control de los desfases evidentes entre la medida cuestionada y el presupuesto de hecho, es la técnica del <<error manifiesto de apreciación de los hechos>>.

c) La técnica denominada de <<control máximo>>, en la que el juez se esfuerza por determinar si el contenido del acto se adapta correctamente a las circunstancias concretas de la situación, así, v.gr. en un supuesto de la acción de policía administrativa local.

⁹ M. AZIBERT et M. BOISDEFRE, *Décret Réglementaire*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, n°2, 20 février, 1.989, pp. 134 y 135.

¹⁰ D. CHAUVAUX et J.H. STAHL, *Compétence du Pouvoir Réglementaire*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, n°12, 20 décembre, 1.995, pp. 940 y 941.

2) El control de la motivación que incluye tanto la motivación de Derecho, esto es, del conjunto de reglas jurídicas que fundamenten el acto como la motivación del hecho, es decir, de las circunstancias fácticas que lo justifican.

3) El control del fin que ha dado lugar a la elaboración de un medio de anulación denominado <<desviación de poder>> que se produce cuando el autor del acto ha empleado sus potestades con un fin distinto de aquél para el que estas potestades le fueron confiadas globalmente, el interés general.

Como consideración final, cabe señalar que el control de los Decretos reglamentarios vigente en Francia opera principalmente a través del recurso por exceso de poder como recurso de anulación por excelencia que verifica la juridicidad del contenido de la norma, esto es, la conformidad del reglamento al Ordenamiento jurídico en su conjunto. Lo anterior no impide, sin embargo, que el particular inste el control de un Decreto a través de otras modalidades de recurso o fundándose en la violación por la norma reglamentaria de cualquier otro elemento de la legalidad.

B.- ITALIA.

a.- La conformación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Italia.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹ sostiene que el Derecho italiano tiene un particular interés en cuanto al tratamiento de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, lo que contrasta con las técnicas que han predominado en el sistema francés por cuanto fue configurado casi contemporáneamente al *excés de pouvoir*.

En Italia, tras la creación del Estado unitario en 1.861, el artículo 2 de la Ley de 20 de marzo de 1.865, número 2.248, atribuyó exclusivamente al juez ordinario todos los asuntos <contencioso-administrativos> que con anterioridad a la unidad estatal eran competencia de diversos tribunales. Así, todas las causas penales y, en materia civil, la tutela de los derechos subjetivos (<<civiles y políticos>>, es decir, de los derechos reales y de crédito del Código Civil y los derechos de sufragio activo y pasivo) propiamente tales corresponden a la jurisdicción ordinaria <<aun cuando sea interesada la Administración Pública y aun cuando se trate de acuerdos dictados por el Poder ejecutivo o de la autoridad administrativa>>.

¹¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, Revista de Administración Pública, número 152, mayo-agosto, 2.000, p. 99.

Sobre la base de un famoso discurso de SPAVENTA de 1.880 que observó que la tutela de los derechos subjetivos no agotaba la protección debida al ciudadano, pues éste era también titular de <<intereses legítimos>> (concebidos como posiciones jurídicas sustantivas, que amparan situaciones de ventaja personales de sus titulares), una Ley de 1.889, debida a la iniciativa de CRISPI, concluyó otorgando la protección de tales intereses a una Sección del Consejo de Estado, estatuyendo una jurisdicción delegada¹². El sistema se ha mantenido con la corrección de que una lista de materias donde se ventilaban inequívocos derechos subjetivos se asignaron en 1.924 a la <<jurisdicción exclusiva>> del Consejo de Estado.

La Constitución italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1.948, vino a consagrar el sistema de control previamente establecido por la legislación. En efecto, como expone G. FALCÓN¹³, el texto constitucional contiene reglas importantes sobre la materia de la justicia administrativa. En primer lugar, ella ha consagrado el predominio de la jurisdicción administrativa como jurisdicción de tipo <<subjetivo>> (es decir, que tiene como objeto la tutela de la posición subjetiva del recurrente), y no de la concepción de la jurisdicción

¹² GIANDOMENICO FALCÓN, Università degli Studi di Trento, <<Italia. La Justicia Administrativa>>, dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 212. Destaca dicho autor como, en un principio, la competencia atribuida a la Sección 4ª del Consejo de Estado se concibió como un mero recurso administrativo para situaciones que no siendo verdaderos derechos civiles y políticos, carecían de tutela. El legislador, sin embargo, tras una viva polémica doctrinal sobre el carácter administrativo o judicial del nuevo recurso, sancionó el carácter jurisdiccional del remedio en 1.924.

De esta manera, quedaba consagrada una acción de resarcimiento de la que conocía el juez ordinario, para la tutela de los derechos civiles y políticos y una acción de anulación de la que conocía el <<juez administrativo>> para la tutela de intereses.

¹³ GIANDOMENICO FALCÓN, Università degli Studi di Trento, <<Italia. La Justicia Administrativa>>, dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 217-227.

de carácter <<objetivo>> (en la cual el verdadero objetivo del proceso sería la defensa del interés público lesionado por la ilegalidad de la Administración, siendo la acción del recurrente una mera ocasión para el control).

En efecto, el artículo 24.1 de la Constitución habla expresamente de acción <<para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos>> con lo que revela que concibe el interés legítimo como algo propio del actor, del mismo modo que un derecho subjetivo. Los artículos 103 y 113.1 CI confirman esta idea, precisando éste último que <<contra los actos de la Administración pública siempre se admitirá la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos>>.

Al mismo tiempo, la Constitución sigue reconociendo el papel del Consejo de Estado -que, sin embargo, mantiene su función de órgano consultivo del Gobierno- como juez administrativo de segunda y última instancia (arts. 100 y 103 CI) y establece que la jurisdicción administrativa se articula en dos instancias con Tribunales administrativos de primera instancia como órganos estatales constituidos a nivel regional.

b.- El cuadro de acciones a interponer ante la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la actividad administrativa del Gobierno.

En cuanto a las acciones a interponer, el particular lesionado ha de ejercer en un plazo de 60 días una acción de carácter impugnatorio, que cuestiona la legalidad y que tiene por objeto (*petitum*) la anulación del acto

impugnado. El cuadro de acciones, siguiendo el esquema instaurado en la Ley de 1.889 se circunscribe a <<recursos de incompetencia, exceso de poder o por infracción de ley>> contra actos administrativos.

En sustancia, en los recursos por incompetencia e infracción de ley se incluyen todos aquellos vicios que se traducen en la trasgresión de una norma que imponga modos de comportamiento precisos y determinados: por ejemplo cuando el órgano que ha adoptado el acto no ha sido el indicado por la ley, o cuando la autoridad administrativa no ha respetado el procedimiento prescrito o ha dado al acto un contenido distinto del que la Ley en abstracto le permite.

El exceso de poder, en cambio, incluye el *détournement de pouvoir*, la desviación de poder, según la clásica acepción de poder que se utiliza para una finalidad distinta de aquélla que es la institucional del acto. Sin embargo, la desviación de poder no se constata de una simple confrontación del acto o norma con la Ley sino que es preciso realizar un análisis de los <<síntomas>> a partir de cuales es posible descubrir la verdadera finalidad. Y es por ello que el recurso por exceso de poder, en la práctica, se convirtió en una acción que englobaba todas las figuras sintomáticas de desviación, v.gr., la desigualdad de trato, la alteración de los hechos o la injusticia manifiesta.

Pues bien, dentro de este cuadro general de acciones ejercitables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo 26 del Real Decreto de 26 de junio de 1.924, número 1.054, de aprobación del texto único de las Leyes del Consejo de Estado, Título III, Capítulo I, establece la competencia del

Consejo de Estado para controlar los reglamentos dictados por el Gobierno italiano al establecer que:

<<corresponde al Consejo de Estado en sede jurisdiccional la decisión de los recursos por incompetencia, por exceso de poder o violación de ley, contra actos o disposiciones de un órgano administrativo deliberante que afecta a intereses particulares cuando tales recursos no sean de competencia judicial ni se trate de materias correspondientes a la jurisdicción o las atribuciones contenciosas de órganos especiales.

Contra las decisiones concernientes a materia aduanera o servicio militar no se admite recurso a menos que impliquen incompetencia o exceso de poder.>>

La dicción literal del precepto no revela, sin embargo, el sistema ordinario de control de la potestad reglamentaria del Ejecutivo italiano. En efecto, J. ZILLER¹⁴ afirma que, en la práctica, los reglamentos del Gobierno apenas tienen posibilidad de ser controlados directamente por los Tribunales de justicia. Y ello porque ha de partirse de la delimitación de competencias, según la cual, corresponde a la jurisdicción ordinaria en exclusiva la protección de los derechos subjetivos y a la jurisdicción administrativa la protección de los intereses legítimos. Así, destaca que el juez ordinario no puede utilizar la técnica de la excepción de ilegalidad y el juez administrativo declara, en la mayoría de los casos, inestimables los recursos de anulación contra reglamentos. En efecto, la jurisprudencia contenciosa mantiene que un

¹⁴ J. ZILLER, *Le Contrôle du Pouvoir Réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre 1.999, p. 642. Ver igualmente, en la misma revista, el artículo de F. LAGARFE, *Le contrôle de l'administration en Italie*, p. 678.

reglamento no puede dañar en sí mismo un interés legítimo y que su legalidad únicamente puede ser contestada, por vía de excepción, en el supuesto de un recurso contra una decisión individual de aplicación del reglamento.

C.- ALEMANIA.

a.- El nacimiento y desarrollo histórico de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania.

En el Derecho alemán, el sistema actual de control de la potestad reglamentaria a través de la justicia administrativa se inicia en la segunda mitad del siglo XIX. En efecto, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene su origen inmediato en el *Land* de *Baden* cuando, en virtud de los & 15 a 19 de la Ley de 10 de octubre de 1.863, se crean los primeros Tribunales Contencioso-administrativos. Tras este año, encontramos ya en Alemania órganos judiciales que conocen específicamente de asuntos públicos con sustantividad propia frente a los privados, sobre los que son competentes los Tribunales civiles. Siguiendo a S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ¹⁵, la citada fecha marca la separación de las dos etapas históricas que pueden distinguirse en el control por la Justicia alemana de los asuntos públicos.

¹⁵ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La Jurisdicción Contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 38 y ss.

1) Durante la Edad Media, la Moderna y la Contemporánea hasta 1.863, puede trazarse una situación típica o común para todo este periodo. Materialmente, las garantías jurisdiccionales se realizan cuando existe un <<asunto justiciable>>. De este modo, la técnica esencial, y común a este periodo, es la <<*Justizsache*>>, y la cuestión es entonces indagar en su contenido. Ésta comprende, desde una panorámica actual, no sólo asuntos civiles sino otros que hoy consideramos de naturaleza pública.

Desde una perspectiva formal, o de la organización de la jurisdicción, la situación típica hasta 1.806 es la de la existencia de dos niveles jurisdiccionales, el imperial y el de los territorios, cuya definición competencial respectiva está motivada por la mayor o menor hegemonía política del emperador o los príncipes.

Durante el siglo XIX, desde una perspectiva material, la concepción jurídico-procesal en que se basa el sistema judicial continúa centrada en el <<asunto justiciable>> aunque tal concepción sufre una gran restricción respecto de la extensión lograda en el periodo ilustrado; tras la primera década del siglo XIX, el ideal del Estado de Justicia que se vislumbró durante la Ilustración no pudo afirmarse más y los Tribunales restringieron en la práctica su conocimiento a los asuntos civiles.

El 28 de marzo de 1.849, tras la revolución liberal-burguesa del año anterior, la Asamblea de Frankfurt proclamó una Constitución imperial. Pues bien, el & 181 de la citada Constitución proclamó la independencia de la

Justicia respecto de la Administración. El & 182, por su parte, atribuyó a la Justicia el conocimiento de las reclamaciones sobre asuntos públicos encomendada antes a la Administración («La Justicia ejercida por la Administración cesa. Sobre cualquier lesión jurídica deciden los Tribunales»). Por consiguiente, son los Tribunales ordinarios los encargados de fiscalizar la actuación administrativa.

2) Tras 1.863 encontramos los primeros Tribunales contencioso-administrativos que entienden de asuntos públicos con entidad y sustantividad propia, distinta de los tradicionales «asuntos de justicia» encomendados al conocimiento de los Tribunales civiles¹⁶. La Ley de 10 de octubre de 1.863 permitió la creación de un Tribunal Superior del Justicia del *Land* con competencia propia en materia administrativa. En los niveles inferiores, sin embargo, continuaron actuando Tribunales administrativos formados por funcionarios de carrera aunque dotados de independencia en el ejercicio de su función.

Diez años más tarde¹⁷, bajo la influencia directa de R.V. GNEIST, se promulgó la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de Prusia, cuyo ejemplo siguieron inmediatamente los demás Estados.

¹⁶ En esta época, O. BÄHR, *Der Rechtsstaat, Eine publicistsche Skizze*, Kassel-Göttingen, 1.864, (reimpresión Aalen, 1.961), p. 12, resalta la necesidad de un control judicial de la actividad administrativa para la existencia de un Estado de Derecho en los siguientes términos :«La Ley y el Derecho sólo tienen significado y fuerza real cuando tienen a su disposición la posibilidad de un pronunciamiento judicial que haga efectiva su consecución». Citado por K.P. SOMMERMANN, «La Justicia Administrativa en Alemania» incluida en la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 34.

¹⁷ A. NIETO GARCÍA, *Nueva Ordenación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la República Federal de Alemania*, Revista de Administración Pública, número 31, enero-abril, 1.960, p. 353.

En cuanto a la competencia atribuida a la recién creada jurisdicción contencioso-administrativa, el <<sistema enumerativo>> de los asuntos admisibles era el imperante en *Baden, Prusia, Oldenburg, Lippe, Baunhewig, Anhalt* y *Türingen*. En la práctica, sin embargo, dicho sistema se combinaba con la vigencia de una <<cláusula general>> que regía respecto de las disposiciones dictadas por la Administración de policía.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia iría ampliando, no obstante, el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el contrario, el sistema de <<cláusula general>> regía en el Estado de *Württemberg*, en virtud de la Ley de Justicia administrativa de 16 de diciembre de 1.876. La tendencia o evolución fue aquí, curiosamente a la inversa, pues terminó funcionando en la práctica a través de un sistema enumerativo.

La Constitución promulgada en *Weimar* el 11 de agosto 1.919 (*Wiemarer Reichsverfassung*) dispuso, en su artículo 107, la creación de un Tribunal Administrativo común que, pese a su evidente necesidad, no llegó a constituirse legalmente hasta 1.941, en cuya fecha las circunstancias del momento hicieron imposible e indeseable su eficacia. En cuanto a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en dicho periodo, durante el inicio de la República de *Weimar* existió una general inclinación doctrinal hacia la defensa de la cláusula general mientras durante el periodo

nacionalsocialista, la doctrina tendió a defender el sistema enumerativo, especialmente en materia de policía.

b.- El sistema actual de control judicial de la actividad de las Administraciones públicas.

Con posterioridad al derrumbamiento del Tercer Reich, según C. H. ULE¹⁸, la aprobación de la Ley Fundamental de *Bonn* promulgada el 22 de mayo de 1.949 determinó la completa separación entre la jurisdicción administrativa y la administración pública. Así el artículo 92 establece que la autoridad judicial es ejercida por la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht, BverfGe*), y por la Corte Suprema Federal (*Oberstes Bundesgericht o Bundesverwaltungsgericht, BverwG*), por las cortes federales y por las cortes y tribunales de los *Länder*.

En concreto, respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa podemos distinguir:

1) Dentro de cada *Land*, los Tribunales Administrativos que funcionan como 1ª instancia y un Tribunal Superior Administrativo que funciona como 2ª instancia.

¹⁸ C. H. ULE, *German Administrative Jurisdiction*, International Review of Administrative Sciences, number 2, 1.959, pp. 173 y 176.

2) Tribunal Supremo Federal con sede en Berlín, constituido de acuerdo con el artículo 96 de la Ley Fundamental en virtud de la Ley de 23 de septiembre de 1.952.

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se acomodará en adelante al principio de cláusula general. Y así, la posterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) en su artículo 40 establecerá que <<la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de todos los asuntos de carácter jurídico-público que no sean de naturaleza constitucional y en tanto no estén expresamente atribuidos por ley federal a otro orden jurisdiccional>>.

c.-Técnicas de control de la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas.

El desarrollo legislativo posterior a la norma constitucional se completa, en efecto, con la aprobación de la Ley de la justicia administrativa de 21 de enero de 1.960 (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO). La Ley desarrolla diversas técnicas de control de la potestad reglamentaria de las administraciones públicas (*Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren*). Tales técnicas pueden concretarse en:

1.- *La inaplicación de la norma reglamentaria inconstitucional o ilegal.* Todo Tribunal es competente para enjuiciar la legalidad y constitucionalidad de las normas que sean aplicación al caso concreto. Cuando la norma que haya de enjuiciarse sea una ley formal -del *Land* o de la Federación-, y el Tribunal

esté convencido de su inconstitucionalidad, no podrá limitarse a inaplicarla sino que deberá elevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual tiene el monopolio del rechazo de las leyes formales que sean contrarias a la Constitución. Otra es la forma de proceder cuando se trata de normas infralegales, en particular reglamentos (*Rechtsverordnungen*) y estatutos (*Satzungen*). El órgano jurisdiccional inaplicará la norma con rango inferior a la Ley, sin necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional, cuando tenga la convicción de su incompatibilidad con la Ley. Con todo, la declaración incidental de nulidad del reglamento o disposición general de que se trate sólo produce efectos *inter partes*. En otro proceso, el Tribunal que lo considerara válida, podría aplicarla¹⁹.

2.- *El recurso directo contra reglamentos* (art. 47 VwGO). Las normas sometidas a control de los Tribunales Superiores de los Estados (*Oberverwaltungsgericht*) son las ordenanzas y estatutos de carácter local (*Satzungen*), dictados al amparo de la Ley del Suelo y las disposiciones a que se refiere el artículo 246.II del mismo cuerpo legal y, en la medida en que las leyes de los Estados que desarrollan la jurisdicción contencioso-administrativa así lo establezcan, se permite el recurso directo contra los reglamentos y las ordenanzas de los *Länder* (*Rechtsverordnungen*), con objeto de comprobar su constitucionalidad y legalidad y declarar su validez. A. NIETO GARCÍA²⁰ afirma que, de este modo, se extiende a todo el país un principio que hasta la

¹⁹ K. P. SOMMERMANN, <<La Justicia Administrativa Alemana>> (*Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften*), dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 92-93.

²⁰ A. NIETO GARCÍA, *Nueva Ordenación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la República Federal Alemana*, Revista de Administración Pública, número 31, enero-abril, 1.960, p. 356.

promulgación de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa no había tenido más aplicación que en los Estados del sur.

El sistema descrito de control general de la normativa reglamentaria se ha perfeccionado a través de la sexta Ley de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa llevada a cabo en 1.996 que se incluye dentro del proceso legislativo conocido como <<la *Beschleunigung* o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania>>. R. CABALLERO SÁNCHEZ²¹ destaca que la nueva Ley introduce tres importantes restricciones respecto de la regulación, hasta ahora vigente, sobre impugnación directa de normas reglamentarias:

1) El recurso ha de plantearse en un plazo de dos años desde la publicación del reglamento, cuando hasta ahora no había límite temporal alguno.

2) Se restringe la legitimación para interponer el recurso a quienes la nueva norma lesione en un derecho subjetivo o vaya a hacerlo en un tiempo no lejano. En consecuencia, no se podrán defender por esta vía, como hasta ahora, los intereses legítimos o las meras expectativas²² sino derechos subjetivos que puedan resultar afectados²³.

²¹ R. CABALLERO SÁNCHEZ, *La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania*, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre, 1.998, pp. 443-445.

²² De acuerdo con la antigua redacción del art. 47.II. 1 VwGO, tenían legitimación para recurrir tales normas cualquier persona, natural o jurídica, siempre que de éstas pueda seguirse un perjuicio bien directamente de su aplicación o quepa esperarlo en un plazo concreto. Sólo la Administración estaba eximida de alegar una particular necesidad de impetrar justicia. Con ello los requisitos de procedibilidad para instar el control normativo por los particulares contiene elementos propios de la tutela judicial individual según señalaba K. REDEKER-H.J. VON. OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 9ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1.991,

3) Se ha eliminado la posibilidad de que el Tribunal Superior administrativo del *Land* (*Oberverwaltungsgericht*, OVG) dirija consulta a la Corte Suprema Federal (BverwG) sobre la interpretación de la norma impugnada, cuando la cuestión tuviese importancia fundamental o el Tribunal *a quo* quisiera separarse del criterio seguido por una sentencia de otro OVG o de un Tribunal Superior. En consecuencia, queda eliminado también el correspondiente recurso de queja (*Beschwerde*) para el caso de que no se sometiese la cuestión al Tribunal Supremo (BverwG).

La previsión normativa del recurso directo contra reglamentos no alcanza, sin embargo, a los reglamentos dictados por el Gobierno Federal alemán cuya conformidad a Derecho es verificada por la jurisdicción contencioso-administrativa, exclusivamente, en relación con el acto concreto de aplicación enjuiciado. Y ello porque la jurisdicción contencioso-administrativa alemana parte de la protección de los derechos subjetivos cuya lesión es necesaria para abrir una vía de recurso.

El Tribunal Constitucional sí puede, en cambio, proceder a la anulación de un reglamento federal cuando conozca de un asunto particular con ocasión de un recurso de amparo (*verfassungsbeschwerde*) interpuesto por una persona directamente perjudicada por un reglamento que viole un derecho fundamental²⁴.

& 47, núm. marg. 24, citado por K. P. SOMMERMANN en <<La Justicia Administrativa Alemana>>, dentro de la obra colectiva *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 93.

²³ En este sentido, se pronuncia H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, 11ª ed., München, 1.997, p. 339.

²⁴ J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, p. 641.

2.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

A.- EL REINO UNIDO.

a.- El juez inglés controla la legislación delegada como producto del Ejecutivo a diferencia de la inmunidad de que gozan las leyes del Parlamento en cuanto expresión de la soberanía.

En el Derecho inglés, como destacan H.W.R. WADE y C.F. FORSYTH²⁵, resulta paradigmático que tanto las primeras declaraciones constitucionales, v.gr., el *Bill of Rights* de 1.688 y el *Act of Settlement* de 1.700, como las más recientes, entre las que sobresale la *Human Rights Act* de 1.998, estén sujetas a la derogación o modificación legislativa como cualquier otra norma del Parlamento. Así, en relación con tales declaraciones de derechos no existen en el Derecho inglés garantías especiales como las existentes en la Constitución norteamericana o en países pertenecientes a la *Commonwealth*. En consecuencia, los Tribunales de Justicia ante una Ley del Parlamento (*Act of Parliament*) no pueden partir más que de ciertas presunciones como, por ejemplo, que la propiedad no podrá ser adquirida sin compensación (<<*property will not be taken without compensation*>>). Otra presunción de derecho común, viene constituida por la idea de que cualquier ambigüedad en

²⁵ H.W. R. WADE & C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 18ª edición , Oxford University Press, New York, 2.000, pp. 854-856 y 868.

el contenido de una ley deberá ser resuelta a favor de una interpretación que sea consistente con la Convención Europea de derechos Humanos (*<<any ambiguity in a statute should be resolved in favour of the interpretation that was consistent with the European Convention of Human Rights>>*).

Pero, en contraste con la ilimitada potestad legislativa de que goza el Parlamento, el Ejecutivo británico carece de un poder normativo propio. Y constituye un principio general que la legislación delegada dictada por el Gobierno, en virtud de una atribución singular del Legislativo, en ningún caso participa de la inmunidad de que disfrutaban las leyes. Incluso en el caso frecuente de que la norma dictada en virtud de la delegación sea sometida a la aprobación de ambas cámaras del Parlamento, la misma aún constituirá normativa “subordinada” por lo que los Tribunales de Justicia podrán declarar su invalidez. Únicamente la Ley es inmune al control judicial (*Act of Queen, Lords and Commons*).

El Parlamento, no obstante, puede utilizar técnicas de delegación normativa que permitan a la legislación delegada resistir un eventual control judicial. Normalmente, lo anterior se consigue más mediante el otorgamiento al Ejecutivo de competencias normativas sobre una materia muy amplia que mediante el empleo de cláusulas que restrinjan la intervención de los Tribunales. Pero aun así, ha de tenerse en cuenta que, cualquiera que sea la redacción de la delegación normativa, resulta imposible excluir completamente el control judicial cuando los Tribunales de Justicia están determinados a preservarlo.

b.- Alcance del control de los poderes normativos del Gobierno Británico.

Como afirma E. SOTO KLOSS²⁶, los poderes administrativos tienen su fundamento, salvo excepciones, en actos del Poder Legislativo. El Parlamento, en su atribución de poderes jurídicos al Gobierno, no tiene límites formales escritos pero la delegación que de ellos se haga ha de entenderse dentro de ciertos marcos de limitación, ya sean aquéllos consagrados por el Parlamento mismo en el acto atributivo, o bien sean los que el juez encuentre como ínsitos en la voluntad del Parlamento, y en especial en aquella regla de justicia moral tan propiamente inglesa del *fair play*.

Si los poderes jurídicos de las autoridades administrativas tienen su base en la Ley, ha de tenerse en cuenta que ésta los otorga en vista de un objeto determinado, con una finalidad igualmente precisa o precisable, y para ser ejercitados de acuerdo con un procedimiento dado. Por consiguiente, si tales poderes al ejercitarse exceden esas limitaciones concretándose en una decisión o actuación que viola esos límites impuestos expresa o implícitamente en la Ley, tal decisión o actuación adolecerá de *ultravires*, incurriendo en un abuso o exceso de poder.

²⁶ E. SOTO KLOSS, *¿Existe un Derecho Administrativo Inglés?*, Revista de Administración Pública, número 70, enero-abril, 1.973, p. 124 y ss.

El control judicial (*judicial review*) se configura, en consecuencia, como una verificación por el juez ordinario de la legitimidad del uso de tales poderes administrativos. La norma delegada, en la medida en que no exceda de los límites de la delegación ni infrinja los principios generales del Derecho, no podrá ser invalidada. El Tribunal que aprecie tal infracción anulará la norma impugnada, dando así oportunidad de comenzar nuevamente el procedimiento para dictar una nueva norma delegada que no exceda de los poderes jurídicos que le fueron conferidos al Ejecutivo en virtud de una ley del Parlamento.

c.- Estructural general del sistema judicial británico aplicable a Inglaterra y Gales.

El Derecho en el Reino Unido presenta peculiaridades en cuanto a la organización judicial entre Inglaterra y Gales, por un lado, y Escocia, por otro. Pues bien, centrándome en Inglaterra y Gales, la estructura general del sistema judicial existente en el Reino Unido opera principalmente mediante el uso del *Common Law*, un conjunto de costumbres administradas y desarrolladas por las cortes judiciales civiles a través de las decisiones adoptadas al resolver los litigios de los que conocen. La labor del juez constituye la principal fuente de creación del Derecho (*the common law*) por contraste con la equidad (*equity*) entendida como un conjunto de normas elaboradas por la judicatura que suple en caso de laguna al *common law*, las leyes (*statute law*) y la normas escritas

de derecho civil (*civil law*). Por lo tanto, en relación con el control judicial de la legislación delegada del Gobierno británico, la jurisprudencia precedente del Tribunal civil condiciona, en buena medida, la decisión adoptada sobre el sometimiento a Derecho de la norma emanada del Ejecutivo.

La relación de los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil en Inglaterra y Gales es la siguiente²⁷:

1) La Cámara de los Lores (*House of Lords*) constituida en Tribunal de Justicia por cinco magistrados.

2) El Tribunal de Apelación (*Civil division of Court of Appeal*) compuesto por tres magistrados al igual que el resto de los Tribunales.

3) El Tribunal Superior de Justicia (*High Court of Justice*) constituido en 1ª instancia para asuntos de cierta relevancia.

4) Los Tribunales de los Condados y la Corte de Magistrados de ámbito local (*County Courts and Magistrates' Courts*) que tienen competencia en 1ª instancia para litigios de menor trascendencia.

Pues bien, la competencia general para conocer de los litigios en los que se impugne de modo directo la legislación delegada del Gobierno británico en 1ª instancia corresponde a la *Queen's Bench Division de la High Court of Justice*. En caso de impugnación indirecta, por el contrario, la determinación de cuál sea el órgano judicial que conozca en cada supuesto concreto de la

²⁷ *Legal English Course*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, diciembre, 1.997.

legalidad de la norma delegada emanada del Ejecutivo del Reino Unido dependerá, en última instancia, de la naturaleza del acto que origina la acción del demandante.

d.- Técnicas de control judicial sobre la normativa delegada o *delegated legislation*.

El juez ordinario procederá a realizar una revisión del contenido de la normativa delegada atendiendo, principalmente, a verificar la concurrencia o no de los siguientes vicios invalidatorios²⁸.

1) Falta de claridad (*uncertainty*).

Una regulación cuyo significado no puede ser determinado con certeza razonable es *ultravires* y, por lo tanto, inválida.

2) Falta de razonabilidad (*unreasonableness*).

En la interpretación de una ley es razonable partir de la presunción de que el Parlamento no ha pretendido que los poderes de la legislación delegada sean ejercitados de modo irracional por lo que la legalidad de la regulación depende, de acuerdo con este razonamiento, de cual sea su contenido.

²⁸ H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 18^a edición, Oxford University Press, New York, 2.000, pp. 859-866.

3) Cláusulas discrecionales (*subjective language*).

A pesar de las cláusulas incluidas en las leyes de delegación que permiten al Gobierno regular determinadas materias con un gran margen de discrecionalidad (v.gr., “*if he satisfied*”), el Juez puede investigar si el contenido de la norma aprobada se encuentra justificado por las circunstancias.

4) Mala fe (*wrong purposes and bad faith*).

En la medida en que los poderes delegados son otorgados siempre para atender fines específicos, su uso para otros propósitos se considera ilegal.

5) Derecho Natural (*natural justice*).

Esta técnica de control judicial no alcanza a las *Orders* dictadas por el Gobierno que tengan un contenido propiamente normativo por cuanto la misma se vincula a la verificación del derecho audiencia (*the right of hearing*) y de la falta de interés personal en el caso por parte de quien dicta una resolución (*no man judge his own causa or nemo iudex in causa sua*). En cambio, sí se aplica a una decisión que sea meramente ejecutiva.

6) Errores procedimentales (*procedural errors*).

Numerosas leyes del Parlamento imponen a la legislación delegada el cumplimiento de ciertos requisitos como la presentación del proyecto definitivo ante el mismo Parlamento u obligan a una consulta con determinados organismos o con los particulares afectados. El incumplimiento de tales requisitos determinará la invalidez de la legislación delegada si la norma es dispositiva, esto es, si contiene una regulación de carácter general de vigencia indefinida pero no si es meramente ejecutiva.

7) Subdelegación (*sub-delegation*).

Constituye un principio general la regla, según la cual, el poder normativo debe ejercerse por aquéllos a quienes se ha conferido y no por otros sujetos en quienes se delegue posteriormente. Se admite, no obstante, que la Ley del Parlamento establezca una dispensa en este sentido y, además, ha de tenerse en cuenta que dicha presunción puede verse enormemente debilitada en momentos de urgencia.

e.- Los remedios procesales existentes contra la legislación delegada que vulnere los poderes normativos otorgados por el Parlamento.

El Derecho inglés contempla un amplio número de remedios o acciones que son empleadas por el particular con carácter ordinario o extraordinario. Entre las acciones ordinarias se encuentra *declaration*, *injunction* y *action for damages*, y entre las acciones extraordinarias *habeas corpus*, *certiorari*, *prohibition* y *mandamus*.

Pues bien, de acuerdo con P.P. GRAIG²⁹, la invalidez de un instrumento normativo del Gobierno puede ser obtenida a través del ejercicio de diferentes acciones (*remedies*):

1) De modo indirecto, mediante la defensa de una acción ejecutiva (*enforcement action*) o de una demanda por incumplimiento de contrato (*defence to a contract suit*) en la que la norma en cuestión resulte aplicable.

2) De manera directa, a través de una reclamación de revisión judicial para que proceda el juez a realizar una declaración o dictar una orden de actuación (*an application for judicial review for a declaration or injunction*). La orden para prevenir que la autoridad administrativa continúe con el procedimiento de elaboración de una norma ilegal (*injunction to prevent rule-making*) podría también contemplarse en determinados casos.

²⁹ P.P. GRAIG, *Administrative Law*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1.989, p. 188.

En cambio, los remedios extraordinarios, como las *orders of certiorari* y *prohibition*, son consideradas resoluciones cuyo objetivo prioritario consiste en permitir el ejercicio de la función judicial y de ahí que resulten inaplicables para el control de la legislación delegada.

B.- LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

a.- Mecanismos de control del ejercicio por el Gobierno Federal del poder delegado por el Legislativo para dictar disposiciones generales.

P. DE MIGUEL GARCÍA³⁰ enumera con carácter general los diferentes controles a que se hayan sometidas las disposiciones generales dictadas por las Agencias federales en virtud de una delegación del Legislativo y que en consecuencia constituyen, al igual que en el Derecho inglés, *delegated legislation*. El mencionado autor en concreto distingue:

1.- Control administrativo.

³⁰ P. DE MIGUEL GARCÍA, *La Legislación delegada en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos*, Documentación Administrativa, número 147, mayo-junio, 1.972, p. 80 y ss.

a) Consultas y reuniones similares al trámite de audiencia previsto en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo Común.

b) Publicación anticipada del proyecto de disposición general (<<*antecedent publicity*>>).

c) Vistas públicas o <<*public hearings*>> que puede asimilarse al trámite de información pública.

d) La publicación obligatoria de la norma en el *Federal Register* con un plazo general de *vacatio legis* de 30 días antes de su entrada en vigor.

2.- El control legislativo indirecto (<<*parliamentary supervision*>>) que se ve dificultado por el amplio volumen de la legislación delegada dictada por el Ejecutivo. Sin embargo, puede señalarse que un acto del Legislativo requerirá que las normas dictadas por la Administración federal (<<*rules*>>) sean presentadas ante ambas Cámaras³¹.

3.- El control judicial que se efectúa preferentemente en los siguientes supuestos:

a) Norma *ultravires*, cuando la norma supone un ejercicio fuera de los términos de la autorización otorgada.

³¹ H. W. R. WADE & C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 18ª edición, Oxford University Press, New York, 2.000, p. 878, destaca que el veto legislativo del Congreso (*'legislative veto'*) es considerado inconstitucional en los Estados Unidos: *Immigration and Naturalisation Service v. Chadha* 462, US 919 (1.983).

b) Norma *unreasonable* que supone una regulación arbitraria y contraria a los dictados de la razón. En relación con este punto, H. WADE³² afirma que los principios de la justicia natural pueden ser aplicados a la legislación delegada y pone como ejemplo el supuesto de la elaboración de un reglamento cuyo contenido va a tener un impacto profundo para los destinatarios. Pues bien, en tal caso, parece obligado que haya de ser emitido un informe por un experto independiente.

c) Norma *intravires* de la Constitución pero la ley habilitante es inconstitucional.

b.- Supuestos de control jurisdiccional de la legislación delegada dictada por el Ejecutivo federal.

M. CUCHILLO FOX³³, por su parte, expone como el control jurisdiccional de las normas dictadas en virtud de una delegación del Legislativo en los Estados Unidos de Norteamérica es ejercido principalmente por los *District Courts*, *Courts of Appeal* y el *Supreme Court* que gozan de una jurisdicción general aunque cada Tribunal tenga competencias sólo en determinados asuntos. No obstante lo anterior, existen también Tribunales especializados en ciertas materias como los *Tax Court* o *Patent Court* y, también, Tribunales

³² H.W. R. WADE & C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 18ª edición, Oxford University Press, New York, 2.000, p. 877.

³³ M. CUCHILLO FOX, *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.996, pp. 125-127 y 183-186.

administrativos o legislativos vinculados al Ejecutivo que conocen ciertos asuntos con carácter previo a la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a los supuestos concretos de control jurisdiccional, la citada autora distingue, de acuerdo con el artículo 706 de la *Administrative Procedure Act* (APA), los siguientes vicios en que pueden incurrir las Agencias federales en relación con el poder delegado por el Legislativo para dictar disposiciones generales:

1) Normativa delegada que sea contraria a los derechos, potestades, privilegios e inmunidades constitucionales (art. 706.2B).

2) Disposiciones que se adopten más allá o en exceso (<<*ultravires*>>) de las potestades conferidas por la legislación aplicable o con desconocimiento de las limitaciones impuestas y/o derechos reconocidos por la misma (art. 706.2C).

3) La inactividad de la Administración que puede ser contraria al principio del <<*rule of law*>> y, por consiguiente, la APA establece que los tribunales impondrán la adopción de las disposiciones de la Administración ilegalmente no adoptadas o no realizadas a pesar de existir una previa petición de los particulares (<<*discretion to regulate*>>), así como aquéllas irrazonablemente demoradas (<<*Agency delay*>>) (art. 706.1).

En relación con estos dos supuestos de control de la inactividad de la Administración ha de señalarse que es la jurisprudencia elaborada a partir de los años 70 la que ha afirmado la exigencia de control del ejercicio de la delegación realizada por el Legislativo para dictar normas. Así, en el caso de la inactividad de la Administración ante una petición concreta de los particulares, las resoluciones judiciales distinguen según se haya iniciado o no el expediente para la elaboración de la norma propuesta y, además, según afecte o no a los derechos constitucionales y/o sancionados por una ley o que suponga un trato discriminatorio para los demandantes³⁴.

En el supuesto de la demora injustificada de las Administraciones públicas en el ejercicio de la delegación normativa, se impuso la práctica de establecer límites temporales a las Agencias públicas como medio para asegurar que la Administración dictaría, en un futuro próximo, las disposiciones indispensables para poder poner en práctica leyes progresivas³⁵.

³⁴ En relación con el supuesto de la inactividad administrativa en la elaboración de normas por decisión de la Administración o silencio administrativo ante una petición de los particulares (<<discretion to regulate>>) destacan, por ejemplo, las siguientes resoluciones judiciales: *Action for Children's Television v. FCC* (1.977); *National Black Media Coalition v. FCC*, 599, F. 2d. 578, 1.978; *Natural Resources Defence Council v. SEC* 606, F. 2d. D.C. Cir. 1.979; *Center for Auto Safety v. National Highway Traffic Security Administration* 710, 837, F. 2d., D.C. Cir. 1.983; *Community Nutrition Institute v. Young*, 757, F. 2d., D.C. Cir. 1985. Citadas por M. CUCHILLO FOX, *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.996, pp. 183-184.

³⁵ En relación con el supuesto de la simple inactividad administrativa en el ejercicio de la delegación del poder normativo conferido por el Legislativo (<<Agency delate>>) sobresalen, por ejemplo, *National Congress of Hispanic American Citizens v. Usery*, 554, F. 2d., 1.196, D.C. Cir. 1.977; *National Congress of Hispanic American Citizens v. Marshall*, 626, F. 2d. D.C. Cir. 1.979; *Adams v. Richardson*, 480, 626, F. 2d. 1.159, D.C. Cir. 1.973, sobre elaboración de las normas necesarias para la efectiva supresión de la discriminación racial en las escuelas. Citadas por M. CUCHILLO FOX, *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.996, p. 186.

3.- CONSIDERACIONES FINALES.

La exposición realizada de los principales sistemas de control judicial de la potestad reglamentaria o legislación delegada del Gobierno en Derecho comparado revela que, por encima de las dos grandes tradiciones jurídicas existentes en el panorama internacional (Derecho continental y anglosajón), se pueden clasificar los ordenamientos jurídicos estudiados en dos categorías atendiendo al grado de control que ejercen sobre la normativa que dicta el Ejecutivo nacional. Así por un lado, el Derecho de Francia, Inglaterra y los Estados Unidos de América establece unos mecanismos que permiten un control completo de la normativa secundaria dictada por el Gobierno a través de la impugnación directa e indirecta del reglamento o la legislación delegada.

Especialmente relevante resulta, en este sentido, la regulación de los sistemas de control directo de las disposiciones gubernamentales. Tanto Francia como el Reino Unido y los Estados Unidos de América contemplan, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, procesos cuyo objeto material es el control del poder normativo del Ejecutivo.

En el caso del Derecho francés, las posibilidades de anulación de un reglamento del Gobierno se concentran en dos de los diferentes tipos de recursos analizados:

1.- En primer lugar, mediante el *recurso por exceso de poder* que se configura como acción de tipo declarativo. Un particular solicita al juez de lo

contencioso-administrativo la declaración de invalidez de un acto de la Administración por reputarlo ilegal.

La nota característica de dicho recurso (que paradójicamente va a permitir una protección amplia de los derechos e intereses particulares) es la de su carácter objetivo, en cuanto recurso dirigido contra un acto, y no de un recurso que defienda un derecho subjetivo del administrado. El recurrente únicamente ha de acreditar un interés propio para poder recurrir pero dicho requisito lo es, únicamente, a efectos de otorgar seriedad a su recurso ya que en realidad actúa en interés de ley.

Igualmente conviene recordar que el fallo recaído en el recurso por *excés de pouvoir* tiene una eficacia anulatoria radical del reglamento ilegal ya que sanciona con la nulidad retroactiva los Decretos normativos del Gobierno juzgados ilegales.

2.- En segundo término, mediante los *recursos denominados de plena jurisdicción o de pleno contencioso* que permiten al juez no limitarse a la declaración de la nulidad del Decreto del Gobierno sino acordar, por ejemplo, la existencia de responsabilidad patrimonial del Ejecutivo si se demuestra que la aprobación indebida de la disposición general recurrida ha producido en determinados particulares daños y perjuicios directamente imputables al ejercicio de la actividad normativa impugnada.

En el ordenamiento jurídico francés se arbitran, por consiguiente, unas vías procesales dentro del contencioso-administrativo para declarar la invalidez y eliminar del mundo jurídico la normativa del Ejecutivo contraria a

la ley y, por supuesto, a la Constitución de modo que cualquier particular que acredite un interés legítimo en la eficacia producida por el reglamento pueda impugnarlo.

En el Derecho anglosajón, por su parte, el sistema del <<*judicial review*>> ofrece igualmente vías judiciales, en esta ocasión dentro del Derecho común, a la generalidad de los particulares que ostenten legítimos intereses en relación con la legislación delegada del Gobierno para que puedan plantear ante los Tribunales su anulación. La especialidad, en este caso, radica en las vías previstas tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano son competencia de la jurisdicción ordinaria. De esta manera, el control judicial de la normativa del Gobierno se configura como una verificación por el juez ordinario de la legitimidad del uso de los poderes delegados. La norma delegada, en la medida en que no vulnere los principios generales del Derecho, la Constitución Federal en el caso Norteamericano, ni exceda de los límites explícitos o implícitos de la delegación, no podrá ser invalidada.

En el caso inglés, la acción para la anulación se concreta en una variada gama de acciones que incluye tanto las acciones indirectas planteadas con ocasión de la aplicación de la norma a un caso concreto (por ejemplo mediante el ejercicio de una acción ejecutiva o *enforcement action*) como las ejercitadas directamente cuestionando la validez de la norma concreta, demandando su anulación o solicitando que se dicte una orden judicial de actuación (*an application for judicial review for a declaration or injunction*).

En cuanto a las acciones para recurrir la normativa delegada del Gobierno Federal norteamericano, la *Administrative Procedure Act* ofrece una

amplia variedad de recursos que contempla prácticamente todas las posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico en que puede incurrir la norma gubernamental. En concreto, el artículo 706 de la APA contempla acciones contra la norma delegada que sea contraria a la Constitución; así como la posibilidad de impugnar aquellas disposiciones del Gobierno cuyo contenido exceda de las potestades conferidas por la legislación aplicable o con desconocimiento de las limitaciones impuestas o de los derechos reconocidos por la misma; y finalmente, la posibilidad de recurrir la mera inactividad de la Administración federal ante la petición de los ciudadanos en la elaboración de la normativa secundaria que se estime contraria a la ley, o cuando la legislación delegada sufra una demora irrazonable.

Además del cuadro de acciones expuesto, ejercitable por el ciudadano contra la legislación delegada o su omisión ilícita, ha de tenerse en cuenta tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano que el juez que conozca un caso concreto puede exceptuar la aplicación de la disposición general que estime ilegal, en la medida en que resulta necesario para resolver sobre la validez de un acto de la Administración.

Asimismo, la legitimación para recurrir en los ordenamientos citados es muy amplia, bastando un mero interés del particular en el mantenimiento del principio de legalidad lo que, en definitiva, aproxima su regulación a la idea de la acción popular.

Italia y Alemania, por el contrario, parten de un sistema de control restringido de la potestad reglamentaria que ha de estar necesariamente ligado al enjuiciamiento de un acto administrativo que se vea afectado por la presunta

ilegalidad del reglamento. En efecto, el recurso directo contra reglamentos dictados por el Gobierno, o bien no existe como en el caso del Derecho alemán, o bien su eficacia se encuentra enormemente debilitada mediante la interpretación restrictiva que se hace por la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado de la legitimación que ostenta el recurrente como en el caso del Derecho italiano.

Respecto del ordenamiento jurídico italiano, en concreto, ha de recordarse que las vías de impugnación previstas en el mismo para que el particular pueda plantear la disconformidad del reglamento del Gobierno ante el Consejo de Estado no permiten, en la práctica, obtener la declaración de nulidad de la disposición recurrida. En efecto, los recursos por incompetencia, exceso de poder o por violación de ley no facilitan la obtención de la declaración de invalidez del Decreto del Ejecutivo pues la jurisprudencia contencioso-administrativa mantiene que el reglamento impugnado no puede dañar en sí mismo el interés legítimo del recurrente. Por consiguiente, su legalidad únicamente puede ser controlada indirectamente en la vía contenciosa mediante la técnica de la excepción de ilegalidad, es decir, con motivo de la aplicación de la norma a un supuesto concreto.

En el Derecho alemán, como ya he señalado, la previsión normativa del recurso directo contra reglamentos no alcanza a las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno Federal, limitándose a las normas reglamentarias dictadas por las autoridades locales o de los *Länder*, por lo que la excepción de ilegalidad constituye prácticamente la única modalidad de control del poder reglamentario del Ejecutivo en el ordenamiento jurídico germánico con el resultado de la inaplicación del reglamento al caso concreto sometido a

enjuiciamiento. El particular ha de tener un efectivo derecho subjetivo para abrir esta vía de recurso.

En ambos Derechos, predomina por lo tanto la idea de que el interés legítimo no es suficiente para recurrir directamente una norma y que el derecho subjetivo defendido con motivo de un recurso indirecto no es tampoco bastante para declarar la nulidad de la norma con alcance general.

Todo lo anterior me permite afirmar que, en cuanto al grado de equiparación de los sistemas de control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios en nuestro Derecho con los regímenes de control judicial de la normativa del Gobierno en el resto de los ordenamientos de Derecho comparado examinados, puede deducirse que existe una clara aproximación de las soluciones legislativas y jurisprudenciales adoptadas en España a las existentes en el Derecho francés y también, a pesar de pertenecer a una tradición jurídica distinta, a las vigentes en el Reino Unido y los Estados Unidos de América. La anterior afirmación se fundamenta tanto en la amplitud de la legitimación activa para recurrir las disposiciones del Gobierno como en las modalidades de los procesos jurisdiccionales existentes para impugnar la validez de las normas del Ejecutivo, así como en los efectos que a las mismas se aúnan en todos los ordenamientos indicados, incluido el nuestro. Los caracteres del sistema contencioso-administrativo español que permiten llegar a dicha afirmación se examinan, lógicamente, con detenimiento en los Capítulos que siguen a continuación.

CAPÍTULO XI

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL.

CAPÍTULO XI

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL.

1.- LA PROGRESIVA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL PLENARIO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

2.- LA INAPLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.

A.- Significado de la excepción de ilegalidad.

B.- Destinatario de la excepción.

C.- Los Reales Decretos normativos como objeto de la excepción de ilegalidad.

D.- La extensión de la excepción de ilegalidad alcanza a cualquier infracción del Ordenamiento jurídico en que incurran los Reales Decretos normativos.

E.- Efectos de la excepción de ilegalidad.

3.- LA DOCTRINA DE LOS VICIOS INVALIDANTES EN EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS DICTADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS. EXAMEN DE LOS LÍMITES DE VALIDEZ DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- Límites formales.

a.- Las competencias para dictar Reales Decretos reglamentarios.

b.- Jerarquía normativa.

B.- Límites sustanciales.

a.- Los principios generales del Derecho.

b.- El fin de la norma reglamentaria.

c.- La materia reglamentaria.

d.- La irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de los derechos individuales.

4.- EL TRÁMITE DE ADMISIBILIDAD EN LA IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL GOBIERNO.

A.- El derecho a la tutela judicial efectiva.

B.- Examen de las causas de inamabilidad reguladas por la LJCA en la impugnación de los Reales Decretos reglamentarios.

C.- Examen especial de la doctrina jurisprudencial sobre las causas de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnan reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

a.- Artículo 82.a) LJCA, <<que se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia para ello, por corresponder el asunto a otra jurisdicción o a otro órgano de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, respectivamente>>.

a'.- Supuestos en los que el recurrente solicita que se condene al Gobierno a dictar una nueva disposición general que sustituye a la impugnada o que se incluya un nuevo precepto.

b'.- La desviación procesal por ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo en relación con el previo de reposición.

b.- Artículo 82.b) LJCA, <<que se hubiere interpuesto por persona incapaz, no representada debidamente o no legitimada>>.

a'.- El concepto de interés legítimo tras la Constitución Española de 1.978.

b'.- Distinción entre interés legítimo, interés directo, intereses colectivos, intereses difusos y mero interés de legalidad.

c'.- Manifestaciones del principio <<*pro actione*>> en orden a la admisibilidad de un recurso contencioso-administrativo contra un Real Decreto reglamentario.

a''.- En relación con la capacidad procesal de los actores.

b''.- En relación con la representación.

c''.- En relación con el requisito de la comunicación previa al órgano administrativo que dictó el reglamento impugnado contenido en el apartado 3 del artículo 110 LRJAPYAC derogado por la Disposición Derogatoria 2ª.d) de la Ley 29/1.998 de 13 de julio.

d''.- En relación con la legitimación del recurrente.

d'.- Supuestos en que concurre interés legítimo en el recurrente.

e'.- Supuestos en que concurre falta de legitimación procesal para recurrir.

c.- Artículo 82.c) LJCA, <<actos no impugnables por ley>>.

d.- Artículo 82.d) LJCA, <<que recayere sobre cosa juzgada>>.

e.- Artículo 82.e) LJCA, <<que no se hubiere interpuesto si fuere preceptivo el recurso previo de reposición>>.

a'.- El recurso de reposición exigido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre que derogó los artículos 52 y 53 LJCA de los que se deducía la obligatoriedad para las disposiciones generales del artículo 39 LJCA.

b'.- Falta de exigencia del recurso de reposición con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJAPYAC.

f.- Artículo 82.f) LJCA, <<que se hubiere presentado el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo fuera del plazo establecido o de forma defectuosa>>.

a'.- Supuestos en que concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA.

b'.- Supuestos en los que no concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA.

g.- Artículo 82.g) LJCA, <<que al formalizar la demanda no se hubieren cumplido los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69>>.

5.- EL RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- El límite del examen realizado en el presente apartado.

B.- Idea general.

C.- Objeto del recurso directo.

D.- La tramitación del recurso directo.

E.- Efectos del recurso directo.

F.- Consideraciones finales sobre los recursos directos contra Reales Decretos reglamentarios.

6.- EL RECURSO INDIRECTO CONTRA LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El recurso contra actos que apliquen un reglamento ilegal.

B.- El recurso directo y el recurso indirecto.

C.- Objeto del proceso.

D.- Efectos del recurso indirecto.

E.- Los supuestos en los que sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad puede el Tribunal pronunciarse sobre su validez.

F.- Consideraciones finales respecto del recurso indirecto contra Reales Decretos reglamentarios.

7.- LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD EN RELACIÓN CON LA IMPUGNACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

- A.- Idea general.
- B.- Los requisitos procesales.
- C.- El procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción.
- D.- Los efectos de la sentencia.
- E.- Consideraciones finales respecto de la cuestión de ilegalidad.

8.- EL CONTROL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

- A.- Evolución histórica.
- B.- Naturaleza jurídica de los Decretos legislativos y su relación con la ley de delegación.
- C.- Fundamento jurídico del control de los Reales Decretos legislativos por la jurisdicción ordinaria.
- D.- Alcance del control de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

9.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

- A.- Delimitación jurídica de la pasividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.
- B.- La inactividad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno como objeto de la pretensión de la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- C.- El alcance del control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria del Ejecutivo.

10.- LA NULIDAD DE PLENO DERECHO COMO SANCIÓN JUDICIAL DE LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

- A.- Contenido de la declaración judicial de nulidad de un Real Decreto reglamentario.
- B.- Régimen jurídico de la declaración judicial de nulidad de los Reales Decretos reglamentarios en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

C.- Subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de los Reales Decretos reglamentarios declarados nulos.

D.- La distinción con la derogación de la norma reglamentaria.

CAPÍTULO XI

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE MINISTROS EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL.

1.- LA PROGRESIVA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA JUDICIAL PLENARIO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

El control forma parte inseparable del concepto actual de Constitución, como recuerda el profesor JACOBSONH refiriéndose al constitucionalismo norteamericano, de modo que la Carta magna se configura como un instrumento efectivo de limitación y sujeción del poder público. El control no forma parte sólo de un concepto <<político>> de Constitución, como sostenía C. SCHMITT, sino también de su concepto jurídico, en el sentido de que sólo mediante el cumplimiento de dicha función adquiere el texto constitucional carácter de norma jurídica¹.

¹ M. ARAGÓN, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 19, enero-abril, 1.987, pp. 15 y 16.

Pues bien, la idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano puede exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado creado por la Revolución francesa, de un modo ocasional. En efecto, los revolucionarios franceses eran conscientes de que los jueces, pertenecientes en su mayoría a las clases conservadoras, habían limitado las políticas de reforma proyectadas durante el reinado de Luis XV y Luis XVI por lo que eran contemplados como un obstáculo en la aplicación de las ideas ilustradas. Y en este planteamiento encuentra su explicación el que una de las primeras medidas de la Asamblea Constituyente fuese romper tajantemente, mediante la Ley 16-24 de agosto de 1790, todas las situaciones que fuesen susceptibles de permitir que los tribunales desafiase la autoridad del Estado: <<las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, interferir por ningún medio la actividad de los cuerpos administrativos, ni citar a juicio a los administradores por razón de sus funciones>>. La aplicación de la mencionada prohibición debió encontrar, no obstante, una fuerte resistencia por lo que hubo de ser reiterada cinco años más tarde por el Decreto de 16 de *fructidor* del año III.

La Administración pública, sustraída a la jurisdicción ordinaria, quedaba de hecho libre de todo control jurisdiccional. No obstante, con Napoleón Bonaparte comenzaron a vislumbrarse las líneas generales del nuevo sistema. Así, la Ley de 23 de *pluvioso* del año VIII creaba los Consejos de Prefectura y la Constitución de ese mismo año el Consejo de Estado. Creado como órgano consultivo del Gobierno, aumentó rápidamente sus funciones al serle encomendada por el Primer Cónsul y por sucesivos Jefes de Estado, la preparación de los proyectos de resolución de conflictos en los que

fuese parte la Administración. En las primeras décadas del siglo XIX, el Consejo aumentó su especialización creándose en su seno una <<comisión de lo contencioso>> ante la cual las partes exponían sus pretensiones según un procedimiento de tipo jurisdiccional. Se instaura rápidamente la costumbre de la confirmación pura y simple por el Jefe del Estado de la resolución propuesta por el Consejo de Estado. El paso último en esta evolución, consistente en pasar de la jurisdicción retenida a la jurisdicción delegada y reconocer al Consejo de Estado como verdadera jurisdicción se consigue con la Ley de 24 de mayo de 1.872². De esta manera se logra la definitiva implantación de un sistema de control jurisdiccional de la actividad administrativa cuya competencia recae en un Órgano instalado en la propia Administración con lo que se conjugan los dos grandes principios revolucionarios de la exención judicial del Ejecutivo y de la primacía del individuo frente al Estado.

En cuanto al régimen de regulación de los conflictos que pudieran surgir entre la Administración y los administrados en España, con anterioridad a la Constitución de Cádiz de 1.812, se caracterizaba fundamentalmente, como expone A. NIETO GARCÍA³, porque no existía la división de poderes, de modo que buena parte de las autoridades y magistrados ejercían simultáneamente funciones jurisdiccionales y gubernativas, y porque existía además una caótica pluralidad de jurisdicciones, justificada en principio por la dificultad técnica de que un solo Magistrado dominara las especialidades de cada materia

² P. WEIL, *Le Droit Administratif*, 1.964, 1ª edición, Presses Universitaires de France (Traducción de Luis Rodríguez de Zúñiga, Editorial Cívitas, Madrid, reimpresión de la 1ª edición, 1.989), pp. 39-43.

³ A. NIETO GARCÍA, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, Revista de Administración Pública, número 50, mayo-agosto, 1.966, pp. 28-30.

jurídica. La Constitución doceañista proclamó los principios de separación de poderes y de unidad de fuero, disponiéndose el conocimiento de todos los asuntos por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el sistema no logró un funcionamiento satisfactorio, provocando por el contrario, como señalaba GIL DE ZÁRATE una paralización espantosa de la Administración.

La doctrina administrativista de la época (A. ORTIZ DE ZÚÑIGA, F. SILVELA, M. COLMEIRO, J. POSADA HERRERA) defendió la idea de que en el Derecho constitucional español no existía una alternativa forzada entre el Poder judicial y el Poder administrativo en cuanto a la atribución de la competencia para el conocimiento de las cuestiones contencioso-administrativas. A partir de dicho planteamiento doctrinal, las Leyes de 2 de abril y 6 de septiembre de 1.845 determinaron la implantación de un sistema orgánico conscientemente calcado al francés (Consejo Real y Consejos Provinciales). Ello no obstante, hubo dos paréntesis coincidentes con los periodos de Gobierno liberal (1.854-1.856 y 1.868-1.870) en los que se atribuyó parcial o totalmente el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos a determinados órganos jurisdiccionales. En el periodo de la restauración canovista, la Ley de 13 de septiembre de 1.888 supondrá un intento de conciliación política mediante la implantación del denominado <<*sistema armónico*>> por el que se consideraba que para resolver un conflicto entre el poder público y el interés particular, debían de estar representados el criterio del Derecho público y el del Derecho privado, constituyéndose un Tribunal Superior de lo Contencioso-administrativo compuesto por mitad entre miembros del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado. Y, finalmente, las Leyes de 22 de junio de 1.894 y 5 de abril de 1.904, determinaron el paso del Tribunal Superior al Tribunal Supremo, de modo que

el conocimiento y resolución de los asuntos contencioso-administrativos quedaba al margen del Consejo de Estado⁴.

El sistema de jurisdicción contencioso-administrativa que se articuló originariamente con la creación del Consejo Real y de los Consejos Provinciales se configuró como un juicio declarativo en cuyo seno el acto previo era concebido como simple requisito de admisibilidad de la pretensión, como un presupuesto procesal de entrada en la instancia que suponía la transformación del negocio gubernativo en asunto contencioso-administrativo, sustanciándose un proceso cuyo objeto lo constituían los derechos de los particulares frente a la Administración. Será, sin embargo, el formalismo exacerbado de la jurisprudencia del Consejo Real, convertido desde 1.858 en Consejo de Estado, y del Tribunal Supremo, el que transformará el proceso contencioso-administrativo en un proceso al acto siguiendo el modelo francés del recurso por *excés de pouvoir*. El proceso se configura como mero cauce formal de control de la legalidad objetiva y de revisión del acto previo que se convierte así en el objeto principal del litigio.

En cuanto al control de las disposiciones generales por la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta 1.956 las únicas modalidades de verificación por el juez de la validez de las disposiciones generales (que examino a continuación en sus respectivos apartados) estaban constituidas por la excepción de inaplicación del reglamento contrario a la ley recogida en el artículo 7º de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15

⁴ A. NIETO GARCÍA, *Los orígenes de lo Contencioso-administrativo en España*, Revista de Administración Pública, número 50, mayo-agosto, 1.966, pp. 31-50.

de septiembre 1.870 y por la impugnación de los actos fundada en la ilegalidad de las disposiciones generales de las que traían causa, recogida en el artículo 3º de la Ley de 13 de septiembre de 1.888, reformada en 1.894.

Ello explica que, cuando en 1.952 se dictó el texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo, uno de los tres grandes círculos de actuación inmunes a la fiscalización judicial, junto con los actos discrecionales y los actos políticos, fuera precisamente el de los actos normativos o reglamentos⁵. Cada uno de esos círculos ordenaba a su alrededor una amplia materia exenta, inmune al poder fiscalizador de los Jueces, donde la Administración por consiguiente podía obrar a su arbitrio. Y la Ley de 27 de diciembre de 1.956 supuso un intento por disminuir esos tres círculos de exención jurisdiccional permitiendo por primera vez, en cuanto al control de las disposiciones reglamentarias, la impugnación directa de los reglamentos del Estado aunque con una regulación muy restrictiva de la legitimación activa para interponer dicho tipo de recursos.

La simple incidencia de la Constitución, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, con su proclamación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en todos los órdenes jurisdiccionales (artículo 24 CE), y por tanto en el contencioso-administrativo, más la proclamación del <<sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho>>, correlativo del control judicial sin reservas de la Administración (artículo 106.1 CE), y, en fin, el principio de que la potestad jurisdiccional propia de los órganos judiciales de todos los órdenes significa el poder <<exclusivo>> de juzgar y hacer ejecutar

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, Revista de administración Pública, número 38, mayo-agosto, 1.962, p. 166.

⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy*, Documentación Administrativa, número 220, octubre-diciembre, 1.989, p. 11.

lo juzgado (artículo 117.3 CE), siendo en todo caso obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones de los Tribunales (artículo 118 CE), puso de manifiesto de manera espectacular las carencias de nuestro contencioso-administrativo en el cumplimiento de las exigencias constitucionales. Y a cubrir el aludido déficit normativo ha atendido la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio que pone en vigor el referido esquema constitucional. Así, por imperativo de la Constitución, el contencioso-administrativo se convierte en un sistema judicial plenario, en donde no tienen cabida los viejos privilegios de exención del Príncipe que pasaron en su momento al sistema de justicia administrativa edificada trabajosamente tras la Revolución Francesa.

2.- LA INAPLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.

A.- Significado de la excepción de ilegalidad.

Los reglamentos ilegales constituyen un fenómeno sumamente grave de la vida jurídica: afectan a la integridad de las leyes, pretenden prevalecer frente a éstas y provocar así la inaplicación de las mismas, perturban la recta constitución del Ordenamiento, que es siempre un valor superior a los intereses concretos de los sujetos (públicos y privados) que bajo el mismo viven, enturbian el sistema normativo en vigor y con ello la certeza del Derecho, que es un valor sustancial y primario de la vida jurídica (<<la

seguridad jurídica>>, garantizada por el artículo 9.3 CE). El Ordenamiento jurídico ha de reaccionar necesariamente con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él supone el reglamento ilegal.

Los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, por lo tanto, imponen a los destinatarios de un Real Decreto reglamentario que, antes de la aplicación de un reglamento, deba contrastarse su conformidad con las leyes. La mera publicación de un reglamento no impone sin más su aplicación. Antes de llegar a ésta ha de cuestionarse, por todos los destinatarios, si esa aplicación, no implica la inaplicación de una ley que el reglamento haya podido eventualmente violar. El reglamento es así una norma necesariamente puesta en cuestión, afectada por la necesidad de un <<enjuiciamiento previo>> (*Priifungsrecht*) sobre la validez antes de pasar a su aplicación que es a la vez para los destinatarios de la norma un derecho y una obligación. Si el juicio que se obtiene es que el reglamento en cuestión contradice las leyes, habrá de inaplicarse la disposición general para hacer efectiva la aplicación prioritaria de la ley por ella violada⁷. A dicha consecuencia de inaplicación de los reglamentos contrarios al Ordenamiento jurídico se les denomina también con la expresión francesa de *exception d'illégalité* que resalta la especial vinculación con el respeto a la legalidad que estuvo en el origen de la citada regla⁸.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 219.

⁸ CATHALA, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ, Paris, 1.966, p. 10 y ss.; y RÉGLADE, *L'exception d'illégalité en France*, <<Revue du Droit Public de la Scienza Politique>>, 1.923, pp. 393-425, citados por G. DOMÉNECH PASCUAL, *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales*, Revista de Administración Pública, número 155, mayo-agosto, 2.001, p. 61.

La exigencia positiva del examen de legalidad de los reglamentos y de su inaplicación en caso de estimarse contrarios a la norma superior se ha recogido tradicionalmente en nuestro Derecho en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1.870⁹ y en el artículo 3º de la Ley Santamaría de Paredes reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1.888¹⁰ que lo configuró de forma similar a otros ordenamientos continentales como el alemán, no como una facultad potestativa de Jueces y Tribunales sino como una verdadera obligación actuable *ex officio*. La regla pasó posteriormente al artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1.985 al disponer el mismo que <<los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa>>.

El artículo 9.1 CE dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico en el que la Ley goza de una posición preeminente (artículo 9.3 CE). El artículo 117.1 CE reconoce la sumisión plena de los miembros del Poder Judicial a la Ley al disponer en su apartado 1º que <<la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial,

⁹ El artículo 7º de la Ley de 15 de septiembre de 1.870 dispone : <<No podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1º Aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes>>.

¹⁰ El artículo 3º de la Ley de 13 de septiembre de 1.888 establece: <<El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra las resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por la Ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general si en ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquellos derechos>>.

independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley>>.

B.- Destinatario de la excepción.

Los destinatarios de la regla son tanto los poderes públicos como los particulares en cuanto que los mismos se hallan sometidos al Ordenamiento jurídico. El reconocimiento en los particulares administrados de ese deber de enjuiciar la validez de las disposiciones generales no implica una inversión de su posición jurídica tradicional de sometimiento a la decisión ejecutiva de la Administración, ubicándose por el contrario dentro de las facultades reaccionales del particular en vía tanto administrativa como judicial.

El deber de examinar la legalidad de la norma reglamentaria y el de correlativa inaplicación de la misma en el supuesto de infracción de la norma de superior jerarquía, alcanza también a los mismos funcionarios administrativos. El funcionario se halla sometido al Ordenamiento jurídico en su conjunto (artículo 9.1 CE) sin que exista una especial vinculación con el reglamento (como el aprobado por Real Decreto). En consecuencia, el agente público se encuentra obligado en cumplimiento de la ley a rechazar la aplicación de un reglamento ilegal.

En el supuesto de que exista una orden concreta (expresada normalmente a través de una circular), sobre la observancia particular de una determinada disposición reglamentaria de carácter general que eventualmente pudiera estar incurso en ilegalidad, su conducta quedaría justificada en méritos

al particular vínculo jerárquico que le une con la Administración (artículo 103.1 CE)¹¹. Ello no obstante, el cumplimiento de la orden superior quedaría invalidada cuando la misma fuera manifiestamente inconstitucional o constitutiva de delito¹².

Finalmente, en cuanto a los Jueces ha de señalarse que la obligación impuesta por la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que <<los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa>> alcanza a todos los órdenes jurisdiccionales. La razón es muy simple ya que la Ley es una norma esencialmente <<soberana>> en cuanto expresión de la voluntad de la comunidad mientras que el reglamento es una norma emanada de la Administración pública (y del Gobierno en la medida en que ejerce la potestad administrativa que le otorga el artículo 97 CE), organización instrumental de carácter servicial necesitada por lo tanto de justificar, en todo momento, el respeto a los límites y atribuciones legales que pautan su actuación y por la persecución del fin servicial al que se debe. En consecuencia, los poderes judiciales tienen una <<vinculación más fuerte>> respecto de la Ley que la que tienen frente al reglamento por lo que se

¹¹ La cuestión suscitada ya era polémica a mediados del siglo XIX. En este punto, J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, 1.843, INAP, Madrid, 1.978, pp. 56-57, opinaba que <<respecto de los agentes de la administración, en ningún caso puede presentarse la cuestión de obediencia o resistencia. Estos agentes deben obedecer siempre, y cuando crean que no deben hacerlo así, porque el poder administrativo se haya salido de su esfera, deben abandonar su puesto, siendo fieles y leales al gobierno o autoridad superior que allí los haya colocado>>. Citado por G. DOMÉNECH PASCUAL, *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales*, Revista de Administración Pública, número 155, mayo-agosto, 2.001, pp. 60-61.

¹² J. S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, pp. 156 y 157.

encuentran obligados a optar necesariamente a favor de la aplicación de la primera y la inaplicación del segundo¹³.

El artículo 6 de la LOPJ tiene también como destinatario al Juez administrativo y dicho precepto sigue, además, teniendo vigencia en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo tras la publicación de la nueva Ley 29/1.998 de 13 de julio. En efecto, el artículo 26 LJ no agota todos los supuestos en los que, en un proceso administrativo, el órgano jurisdiccional, al decidir, ha de ponderar si una disposición reglamentaria es nula. Por ejemplo, no contempla dicho precepto el supuesto de que el demandante no funde el <<recurso contencioso-administrativo>> frente a un acto administrativo en que el acto infrinja una disposición general como las dictadas por el Gobierno que es nula. El artículo 6.1 LOPJ, en este caso, le impone la no aplicación de la disposición y la sentencia será desestimatoria de la pretensión: pero aunque haya llegado a la convicción de que la disposición reglamentaria (v.gr. aprobada mediante Real Decreto) es nula -y así queda reflejado en la motivación del fallo-, no trascenderá a éste aquella apreciación de la nulidad del reglamento¹⁴.

¹³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, p. 45. El autor cita en la exposición de la doctrina de la <<vinculación más fuerte>> a TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, ed. Mayer, 1.951, I, p. 102, que alude a un *enchainement plus étroite* y a HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn, 1.963, p. 121 y ss. que emplea la expresión *stärkere Bindung*.

¹⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 725.

C.- Los Reales Decretos normativos como objeto de la excepción de ilegalidad.

El artículo 6 de la LOPJ hace una referencia genérica a <<los reglamentos o cualquier otra disposición>> con lo que no cabe duda de que los Reales Decretos reglamentarios, paradigma de norma reglamentaria en nuestro Ordenamiento jurídico, constituyen objeto material de la excepción de ilegalidad.

A tenor del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción, además, resulta indubitado que en la actualidad los Reales Decretos legislativos que excedan de los límites de la delegación deben ser inaplicados cuando incurran en infracción de la norma superior.

D.- La extensión de la excepción de ilegalidad alcanza a cualquier infracción del Ordenamiento jurídico en que incurran los Reales Decretos normativos.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 6 LOPJ, la excepción de ilegalidad alcanza a toda infracción por una disposición general de la Constitución, la Ley y el principio de jerarquía normativa, lo que aplicado al caso de los Reales Decretos reglamentarios incluye también a los principios generales del Derecho en la medida en que estén constitucionalizados o legalizados.

En cuanto a los Reales Decretos legislativos, cuyo control por la jurisdicción ordinaria examinaré a continuación en un apartado específico, ha de tenerse en cuenta que los mismos tienen el carácter de norma reglamentaria en la medida en que excedan los límites establecidos por la ley de bases o autorizatoria de una refundición. Y, por consiguiente, el particular puede alegar y el juez ordinario estimar que, en su condición de tales, incurren en infracción del Ordenamiento jurídico.

E.- Efectos de la excepción de ilegalidad.

La consecuencia inmediata será que el Juez inaplicará la disposición general en la operación de determinación de la normativa aplicable al caso. Por lo tanto, en cuanto al objeto de la presente investigación, el juzgador estimará o desestimará la pretensión que se le formule al margen del contenido del Real Decreto reglamentario o del Real Decreto legislativo que infringe el principio de jerarquía normativa.

La disposición general inaplicada, no obstante, continúa vigente y despliega todos sus efectos mientras no sea eliminada por el Juez administrativo del Ordenamiento jurídico a través de los procesos directos o indirectos previstos por la Ley de la Jurisdicción.

3.- LA DOCTRINA DE LOS VICIOS INVALIDANTES EN EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS DICTADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS. EXAMEN DE LOS LÍMITES DE VALIDEZ DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- Límites formales.

a.- Las competencias para dictar Reales Decretos reglamentarios.

El artículo 97 CE realiza una atribución genérica de la potestad reglamentaria al Gobierno, atribución que es reiterada por el artículo 23 de la Ley 50/1.997 de 27 de noviembre. Por consiguiente, en principio no cabe dudar de la competencia del Gobierno para dictar normas reglamentarias mediante Real Decreto. Ello no obstante, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la propia Ley del Gobierno diferencia, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, las competencias del Presidente del Gobierno y las del Consejo de Ministros. Así, al Presidente del Gobierno le corresponde crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales y las Secretarías de Estado (artículo 2.2.j LG) mientras que al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan (artículo 5.h) LG), entre las que destaca la relativa a la creación, modificación y supresión de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

En segundo lugar, dentro del ámbito de la Administración General del Estado, ha de tenerse en cuenta que los Ministros, dentro de las materias propias de su Departamento, pueden igualmente dictar normas reglamentarias que revistan la forma de Órdenes ministeriales en la medida en que estén expresamente habilitados por la Ley (artículo 12.2.a) LOFAGE). Un supuesto concreto de delimitación de las competencias reglamentarias entre el Gobierno y los Ministros, a tenor de la legislación ya derogada, lo constituye la Sentencia de la Sección 3ª, Sala 3ª del Tribunal Supremo 24 de febrero de 1.998 (Ar. 8.380. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 5, que apoyándose en el antiguo precepto contenido en el artículo 14.3 LRJAE admitía la posibilidad de que los Ministros dictaran Órdenes Ministeriales de carácter independiente.

En este punto, la Sentencia de la Sección 6ª, Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1.996 (Ar. 9.233. Ponente: J. E. PECES MORATE), declara en su F.J. 1 que el Consejo de Ministros, a través de un Real Decreto reglamentario, puede deferir al Ministro correspondiente puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustancial de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de la norma reglamentaria.

En tercer lugar, conviene destacar que el Gobierno no podrá regular por Real Decreto materias cuya titularidad o ejercicio se encuentre atribuido por ley a las Comunidades Autónomas (artículos 148, 149 y 150 CE) ni invadir el ámbito de autonomía competencial reservado a los Entes Locales (artículos

137, 140 y 141CE). Así, como ejemplo de control judicial de las competencias propias de la Administración del Estado, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3ª, Sección 4ª, de 17 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.886. Ponente: A. MARTÍ GARCÍA), que en su F.J. 6 no aprecia en el Real Decreto 1.059/1.989 de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies que pueden ser objeto de caza y pesca y se dictan normas de desarrollo, infracción de los límites formales de competencia para dictar reglamentos, fundándose en que la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1.995 de 26 de junio había reconocido que dada la conexión existente entre la caza y el medio ambiente, el Estado podía dictar la legislación básica en este ámbito.

En consecuencia, la competencia del Consejo de Ministros, en cuanto órgano colegiado, que asume la atribución genérica realizada por el texto constitucional habrá de tener en cuenta siempre los límites competenciales establecidos tanto en la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre como en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado 6/1.997 de 14 de abril y en las leyes y normas de desarrollo que regulan todo el proceso de traspaso de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas.

b.- Jerarquía normativa.

El Consejo de Estado francés, ya en la regulación del recurso por exceso de poder que elaboró en la época de Napoleón (*contencioso de legalidad*), recogía la violación de la norma como una de las <<*cinco aperturas clásicas*>> junto con la incompetencia, el vicio de procedimiento o de forma, la irregularidad en la motivación y la irregularidad en el fin o <<desviación de poder>>¹⁵. Pues bien, en nuestro Derecho el principio de jerarquía normativa ha constituido también tradicionalmente un criterio de control de la potestad reglamentaria. El Gobierno no podrá dictar Reales Decretos contrarios a las normas superiores del Ordenamiento jurídico, esto es, a la Constitución ni a las leyes. Así, el artículo 97 CE establece que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. Dicha afirmación se completa con la noción de que el Derecho, tanto originario como derivado de la Unión Europea, constituye parte integrante de nuestro Ordenamiento jurídico que se impone con carácter directo y preferente al Derecho emanado de los Órganos constitucionales del Estado (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas *Van Gend y Loos* de 5 de febrero de 1.963 y *Costa-ENEL* de 15 de julio de 1.964).

El Ordenamiento jurídico responde en efecto a una estructura piramidal que impone la necesaria conformidad de la norma superior con la inferior

¹⁵ J-M AUBY *¿Crisis del Contencioso-administrativo en Francia?*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, p. 418.

atendiendo al rango de la autoridad de la que emana. Y dicho principio aparece proclamado en el artículo 9.3 CE junto con el de seguridad jurídica y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos pues resulta fundamental para dotar de operatividad y seguridad a toda la actividad jurídica tanto de los particulares como de los entes públicos. Y, a este respecto, el artículo 23.1 LG reitera la vigencia del principio de jerarquía normativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno al establecer que los reglamentos que dicte no podrán infringir normas de rango superior.

Por otra parte, el principio de preferencia de la norma superior no solamente opera en la relación entre Ley y reglamento sino también en el ámbito propio de las relaciones interadministrativas por cuanto ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior (artículo 23.3 LG). Los Reales Decretos reglamentarios (del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) ocupan el vértice en la jerarquía de las normas reglamentarias por lo que dicha regla obliga a los Ministerios en la elaboración de las Ordenes ministeriales.

La conculcación de referido principio por un Real Decreto implica la concurrencia en el mismo de un vicio invalidante y la posibilidad de que el juez administrativo que tenga conocimiento del mismo en un proceso en el que se impugne su validez pueda declarar su nulidad. La jurisprudencia objeto de la presente investigación así lo ha confirmado en relación con los reglamentos del Consejo de Ministros al declarar que <<el sometimiento al bloque de legalidad es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa>> (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de

octubre de 1.996, Ar. 8.651, F.J. 1; 30 de noviembre de 1.996, Ar. 9.233, F.J. 1; 1 de octubre de 1.997, Ar. 7.789, F.J. 1), En concreto, la última de las Sentencias citadas, dictada por la Sección 3ª (Ponente: E. ESCUSOL BARRA) en su F.J. 1º declara:

“La potestad reglamentaria es, pues, un poder jurídico que ejercitado por la Administración supone la participación de ésta en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo. Pero la norma reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las Leyes, tanto a las Leyes Orgánicas como a las Leyes ordinarias del Estado y, en su caso, de las leyes emanadas de los Parlamentos Autonómicos (art. 97 de la Constitución): por el sometimiento del reglamento al bloque de legalidad, es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106.1 CE y art. 1º LJCA), a la que corresponde – cuando el reglamento es objeto de impugnación- determinar su validez o su legalidad. Teniendo en cuenta que nuestro derecho positivo sanciona con nulidad de pleno derecho los reglamentos ilegales (art. 28 LRJAE, Texto Refundido de 26 de Julio 1.957, precepto no afectado por las DDª de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre), y que la sentencia que declare ilegal un reglamento produce efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por el mismo (art. 86.2 LJCA) adquiere máxima relevancia la labor de los Tribunales cuando conocen de los recursos contra reglamentos.”

En consecuencia, la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo elaborada con ocasión del control de Reales Decretos reglamentarios, y reflejada en la Sentencia de 1 de octubre de 1.997 (Ar. 7.789), sostiene que la norma reglamentaria del Gobierno no es incondicionada, sino que está

sometida a la Constitución y a las leyes, tanto a las leyes orgánicas como a las leyes ordinarias del Estado y, en su caso, a las leyes emanadas de los Parlamentos Autonómicos (art. 97 CE). La Ley sanciona con nulidad de pleno derecho los reglamentos ilegales (de acuerdo con los vigentes artículos 62.2 LRJAPYAC y 23.2 LOFAGE) y la sentencia que declara la ilegalidad de un reglamento tiene efectos *erga omnes* desde el día en que su fallo y los preceptos anulados son publicados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada (el B.O.E. tratándose de Reales Decretos reglamentarios), según dispone el artículo 72.2 LJCA de 13 de julio de 1.998.

Con el mismo alcance de exposición general de la posición de los Reales Decretos reglamentarios en el sistema de fuentes del Derecho se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1.991 (Ar. 6.350. Ponente. P. ESTEBAN ÁLAMO), Sección 5ª, que en su Fundamento Jurídico 4º declara:

“El ordenamiento jurídico-administrativo tiene una estructura jerarquizada, desde la cúspide que es la Ley (Constitución-Leyes), hasta las disposiciones emanadas de las autoridades y órganos interiores; en cuya escalonada pendiente el decreto ocupa el segundo lugar tras la Ley -lato sensu- con la importante función de ser el instrumento, a través del cual la Administración ejerce, sustancialmente, su potestad reglamentaria. Pero así como la Ley expresa la voluntad de la comunidad, el Reglamento es una norma secundaria que, aunque opera el desarrollo casuístico de aquélla y la complementa, es inferior a ella y nunca puede contradecirla. Desde el punto de vista del Derecho positivo el artículo 9.3 de la Constitución garantiza esta jerarquía normativa, que ya venía establecida en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; encontrando tal garantía su plasmación concreta en

los artículos 26 en relación con el 28 de dicha Ley y el 47.2 de la de Procedimiento Administrativo, en cuanto estos preceptos sancionan con la nulidad de pleno derecho a las disposiciones administrativas que contradigan a la Ley. Por otra parte el artículo 97 de la Norma Suprema amojona el ámbito de la potestad reglamentaria en cuanto la Administración ha de ejercerla de acuerdo con la Constitución y con las Leyes; en tanto el artículo 103 acentúa que la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”

La Sentencia de la Sala 3ª, Sección 5ª, del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1.991 (Ar. 6.350), por consiguiente, refleja la posición comúnmente sostenida por la jurisprudencia en relación con el orden de los reglamentos del Gobierno en el sistema de fuentes del Derecho: El artículo 9.3 CE garantiza el principio de jerarquía normativa que se fundamenta en la estructura jerarquizada que tiene el ordenamiento jurídico-administrativo. En el orden de prelación de las normas, el Real Decreto ocupa el segundo lugar tras la Ley - *lato sensu*, es decir, (Constitución-normas con rango de ley)- con la importante función de ser el instrumento, a través del cual el Gobierno de la Nación ejerce, sustancialmente, su potestad reglamentaria. Pero así como la Ley expresa la voluntad de la comunidad, el Real Decreto reglamentario es una norma secundaria que, aunque opera el desarrollo casuístico de aquélla y la complementa, es inferior a ella y nunca puede contradecirla.

Por otra parte, de las Sentencias analizadas se deduce que en los procesos contencioso-administrativos en los que se impugnan Reales Decretos reglamentarios la alegación más frecuente entre los recurrentes es la de vulneración de la normativa superior de rango constitucional o legal. Entre las resoluciones judiciales examinadas que aceptan la argumentación sostenida por el actor de vulneración por el Real Decreto recurrido de la legalidad pueden citarse las de 11 y 12 de abril de 1.994 (Ar. 3.112 y 3.116), F.J. 2; 2 de mayo de 1.994 (Ar. 3.774), F.J. 2; 4 de mayo de 1.994 (Ar. 3.776), F.J. 3; 28 de noviembre de 1.994 (Ar. 8.955, que reitera la doctrina contenida en otras 97 Sentencias anteriores), F.J. 11; 24 de febrero del 2.000 (Ar. 2.888), FF.JJ. 5 y 9. Asimismo, son abundantes las Resoluciones judiciales estudiadas que rechazan la mencionada argumentación. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de 20 de enero de 1.989 (Ar. 150), F.J. 2 y FF.JJ. 6-10; 13 de febrero de 1.989 (Ar. 1.226), F.J. 2; 11 de junio de 1.991 (Ar. 4.874), F.J. 4; 8 de noviembre de 1.993 (Ar. 8.242), F.J. 2; 28 de marzo de 1.994 (Ar. 2.254), F.J. 1; 8 de julio de 1.994 (Ar. 5.677), F.J. 5; 28 de octubre de 1.995 (Ar. 8.544), F.J. 4; 13 de febrero de 1.997 (Ar. 1.416), F.J. 2; 10 de febrero de 1.997 (Ar. 1.408, 1.410 y 1.411), F.J. 2; 13 de febrero de 1.997 (Ar. 1.416), F.J. 2; 7 de abril de 1.997 (Ar. 2.945), F.J. 4; 14 de abril de 1.997 (Ar. 3.079), F.J. 2; 17 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.886), F.J. 7; 15 de octubre de 1.997 (Ar. 7.538), FF.JJ. 3 y 4; 27 de marzo de 1.998 (Ar. 2.858), F.J. 3; 21 de diciembre de 1.998 (Ar. 775), F.J. 5; 25 de enero de 1.999 (Ar. 345), F.J. 3; 5 de febrero de 1.999 (Ar.1.637), F.J. 2; 9 de febrero de 1.999 (Ar. 1.552), F.J. 2 y 19 de febrero de 1.999 (Ar. 1.385), F.J. 2; 30 de marzo de 1.999 (Ar. 3.064), FF.JJ. 1

y 2; 27 de abril de 1.999, F.J. 5 (Ar. 3.324); 7 de junio de 1.999 (Ar. 4.316), F.J. 5; 17 de julio de 1.999 (Ar. 6.381), F.J. 5; 11 de junio de 1.999 (Ar. 6.395), F.J. 3; 16 de noviembre de 1.999 (Ar. 8.958), F.J. 7; 2 de febrero del 2.000 (Ar. 319), F.J. 3; 12 de diciembre del 2.000 (Ar. 552), FF.JJ. 4-8; y 10 de julio del 2.000 (Ar. 3.718), F.J. 2.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que examina la posible vulneración del principio de jerarquía normativa por un Real Decreto reglamentario, algunas sentencias, además de emitir un juicio sobre el argumento de contravención de la normativa superior, delimitan su alcance en relación con el reglamento dictado por el Gobierno. En concreto, pueden destacarse las siguientes reglas deducidas por doctrina judicial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo:

1.- No se infringe el principio de jerarquía normativa cuando el Gobierno especifica el contenido de una ley (Sentencias de 8 de junio, Ar. 4.789/1.992, F.J. 4; 12 de noviembre de 1.991, Ar. 8.391, F.J. 4; y 16 de junio de 1992, Ar. 4.934, F.J. 4); dicta normas específicas (Sentencia de 15 de abril de 1.988, Ar. 3.341, F.J. 5); o completa la ley sin limitarse a reproducirla o aclararla (Sentencia de 30 de marzo de 1.999, Ar. 3.064, FF. JJ. 1 y 2).

2.- Cuando se acude a este principio no basta con alegar genéricamente el artículo 9 CE y el artículo 23 LRJAE (cuyo contenido se corresponde con el vigente artículo 23 LG) sino que es preciso invocar cual es la norma de superior rango que la disposición general impugnada viola (Sentencia de 19 de enero de 1.991, Ar. 552, F.J. 1).

3.- Entre normas de igual rango, las posteriores derogan a las anteriores (artículo 2.2 Cc) por lo que no se infringe el principio de jerarquía normativa cuando se alega que el precepto de un Real Decreto vulnera lo dispuesto en otro Real Decreto anterior (Sentencias de 28 de mayo de 1.992, Ar. 5.346, F.J. 1; 9 de enero de 1.998, Ar. 815, F.J. 2).

4.- Se debe declarar la nulidad cuando la redacción del artículo impugnado del reglamento produce una situación equívoca en torno a los términos contenidos en un precepto legal. En principio, el hecho de que el artículo de un reglamento sea más lacónico, menos extenso, que los correlativos de la ley, para nada afecta a éstos que, por razón del rango de la norma, seguirán inalterables, y, en ningún caso, un precepto reglamentario es capaz de restringir el correlativo concepto legal. Ello sentado, también es verdad que la <<praxis>> jurídica hace que, ordinariamente, se aplique el reglamento abstracción hecha de lo que dispone la ley, con lo que se hace necesario que el reglamento reúna las tres cualidades a que se refiere el dictamen del Consejo de Estado de 30 de septiembre de 1.982: que sea completo, claro y de fácil manejo (Sentencia de 27 de diciembre de 1.991, Ar. 1.701, F.J. 8).

c.- El procedimiento de elaboración de los reglamentos.

La elaboración de los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros está sujeta a un procedimiento de elaboración especial regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre, cuyo estudio he tenido ocasión de realizar en el Capítulo V del presente trabajo doctoral. En consecuencia, la breve mención que se realiza en este epígrafe se circunscribe a destacar el carácter de límite formal que desde el punto de vista del control jurisdiccional de los reglamentos del Gobierno tiene el referido procedimiento de elaboración normativa. Y ello es así, porque muchos de los trámites regulados en el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos (v.gr. audiencia pública, los informes de órganos consultivos exigidos por leyes específicas, el informe de la Secretaría General Técnica) tienen carácter constitutivo formal <<*ad solemnitatem*>>, debiendo igualmente mencionarse como preceptivo el dictamen del Consejo de Estado (artículo 22.3 LOCE). En consecuencia, la ausencia de alguno de los citados trámites durante el procedimiento de elaboración del proyecto de Real Decreto determina la posibilidad de su ulterior impugnación, una vez publicado en el Boletín Oficial del Estado, por vía directa o indirecta ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A modo de ejemplo del carácter de límite formal que tiene el procedimiento de elaboración de los reglamentos aprobados por Reales Decretos, baste recordar alguna de las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal

Supremo que declaran con alcance general el carácter imperativo del trámite de audiencia a entidades interesadas [Sentencia de la Sección 7ª de 23 de febrero de 1.999 (Ar. 2.237. Ponente: JJ. GONZÁLEZ RIVAS), F.J. 8] o la exigencia de informe de los Colegios profesionales prevista en el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1.974 de 13 de febrero y del dictamen del Consejo de Estado del artículo 22.3 LOCE [Sentencias de la Sección 4ª de 5, 9 y 19 de febrero de 1.999 (Ar. 1.637, 1.552 y 1.387. Ponente: M. BAENA DEL ALCÁZAR), F.J. 3].

La ausencia de los trámites formales aludidos determina pues, que la norma del Consejo de Ministros incurra en una infracción de orden público afectante a su validez. La forma se constituye así en garantía ineludible del correcto ejercicio de la potestad reglamentaria. Y es precisamente desde esta perspectiva, como se comprende que el necesario respeto al procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios por la Administración General del Estado y el Gobierno constituye un límite formal impuesto precisamente por el legislador en el ejercicio de la potestad reglamentaria para asegurar su sumisión a la Ley y al Derecho.

B.- Límites sustanciales.

a.- Los principios generales del Derecho.

Los principios generales de Derecho constituyen un límite sustantivo que puede viciar la validez de un Real Decreto reglamentario. Para indagar en esta restricción impuesta al reglamento dictado por el Gobierno conviene examinar, aunque sea brevemente, cuál es el significado de la expresión << principios generales del derecho >>.

El profesor F. GARRIDO FALLA¹⁶, con anterioridad a la promulgación de la Constitución, señalaba que la mencionada acepción tiene una doble funcionalidad:

1) Por una parte, hace referencia a <<los principios inspiradores de todo Ordenamiento Jurídico escrito >>. En esta primera acepción, los principios generales del Derecho son aquéllos que sin aparecer expresamente escritos, están en la base de un Ordenamiento positivo y determinado. Se trata de reglas no escritas de Derecho que responden a la lógica del sistema y a los principios que lo informan y que, por tanto, son independientes del Derecho natural pudiendo no coincidir con éste.

En este sentido, señalaba que los principios del Ordenamiento jurídico operaban en el Derecho administrativo (como operan en el Derecho civil) más que como una fuente autónoma del Derecho, como una forma de conocimiento total del Ordenamiento jurídico. Y ello a pesar de que el antiguo artículo 6 Cc no aludía a dicha acepción, porque la idea de legalidad no se agota, obviamente, con una interpretación raquílica de la letra escrita de la ley, sino que ha de mirar también al espíritu que la anima y vivifica.

¹⁶ F. GARRIDO FALLA, *Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 97, enero-febrero, 1.958, pp. 18-22. El autor reitera el carácter de fuente de conocimiento del Derecho de los principios que se encuentran en la base de nuestro Ordenamiento jurídico en un artículo más reciente: F. GARRIDO FALLA, *Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley*, Revista de Administración Pública, número 128, mayo-agosto, 1.992, pp. 9 y 10.

2) Por otra, pueden ser entendidos como los principios de Derecho natural que deben inspirar el Ordenamiento positivo y, en esta acepción, constituyen fuente subsidiaria del Derecho para el caso de insuficiencia de la ley y la costumbre, tal y como establecía el ya citado artículo 6 Cc. Pueden significar un último reducto al que el Juez puede jurídicamente acogerse en el trance de cumplir su obligación de sentenciar.

En la actualidad, el artículo 1.4 Cc recoge la doble funcionalidad citada de los principios generales en el sistema de fuentes del Derecho aunque, como es obvio, sólo en su carácter de informadores del Ordenamiento jurídico constituyen un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria. Y precisamente la incorporación del carácter informador de tales principios a la redacción del Título Preliminar del Código Civil (Ley 3/1.973 de 17 de marzo y Decreto 1.836/1.974, de 31 de mayo), junto con la instauración de la justicia constitucional, son mencionados por E. GARCÍA DE ENTERRÍA como los dos acontecimientos que han determinado la ruptura del positivismo jurídico en nuestro Derecho¹⁷.

Pero, además, como señala J. DE LA CRUZ FERRER¹⁸, la mayoría de los principios generales ha sido recogidos y garantizados por el texto constitucional (v.gr., artículo 9.3 CE). Y, como concretamente han expuesto F. GARRIDO FALLA y J. GONZÁLEZ PÉREZ, el reconocimiento constitucional de los principios no supone una pérdida de su naturaleza propia, debido a su

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 92, octubre-diciembre, 1.996, p. 611 y ss. También, respecto a la relevancia de los principios generales del Derecho en la crisis de la legalidad formal ver: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, septiembre-diciembre, 1.959, pp. 154-155.

¹⁸ J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 52, octubre-diciembre, 1.986, pp. 607-611.

peculiaridad normativa constituida por su grado de generalidad y abstracción. Si pensáramos que dejan de ser principios y pasan a ser sólo normas, prescindiríamos, con grave daño al método jurídico, de su enorme utilidad y virtualidad en cuanto conceptos fundamentales del Ordenamiento jurídico, guías de interpretación y criterios de integración de lagunas.

Existen además, como destaca el mismo autor, principios generales de rango legislativo, reconocidos por la legislación administrativa (v.gr., el principio de autotutela de la Administración, la especialidad de las Administraciones institucionales, o el antiformalismo procedimental y procesal), aunque con algún aspecto de rango constitucional. Y, por último, también existen principios generales que, en cuanto tales, no se encuentran escritos en las leyes aunque tengan concreciones legales, pero que la jurisprudencia ha evidenciado atribuyéndoles ese rango (v.gr., el principio de proporcionalidad).

E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁹, por su parte, destaca como la impugnación de la validez de los reglamentos facilita la aplicación como criterio de conformidad a Derecho de los principios generales del derecho. Por muchas razones, la actividad normativa de la Administración es cada vez más extensa y significativa aunque sea un legislador de dudoso crédito. En efecto, la Administración es una organización que actúa directamente en el proceso aplicativo de las normas y que en ese proceso tiene intereses propios; se encuentra ordenada hacia la acción concreta e inmediata y está animada por hombres cuya normal voluntad de dominio no aminora, antes bien exacerba, su inserción burocrática.

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 67-71.

Los reglamentos, además, presentan una serie de caracteres que intensifican la relevancia de la labor interpretativa respecto de los mismos. Así, en concreto, puede señalarse: la circunstancialidad, la fugacidad, el detallismo absorbente, la tendencia a ser fruto de un ejercicio extensivo y centralizador de las competencias administrativas y, finalmente, su esquematismo.

Pues bien, en tales condiciones, resulta inexcusable someter tales normas dictadas por agentes puramente gestores al contraste con criterios jurídicos materiales. No bastará, para que la sociedad humana siga siendo una sociedad de hombres libres ordenada por la justicia, un control de esas normas, tan inmediatamente amenazadoras por límites externos de legalidad, por la observancia puramente mecánica de las formas y del orden distributivo de competencias.

La primacía de los principios generales del Derecho sobre las determinaciones reglamentarias y, por consiguiente, su aptitud para erigirse en criterios de validez de los reglamentos parece bastante obvia: los principios generales del derecho expresan valores básicos de un ordenamiento jurídico, aquéllos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas, fundamentales de una comunidad y tales valores no pueden quedar sin efecto por las ocurrencias de órganos meramente ejecutivos.

Cabe destacar que, dentro de los principios generales del Derecho que actúan como límites al ejercicio de la potestad reglamentaria, se incluyen los principios generales del Derecho propios de la Unión Europea, en la medida en la que el Derecho comunitario forma parte del Ordenamiento jurídico nacional. En efecto, los principios generales del Derecho completan el cuadro de fuentes del ordenamiento comunitario. Su formulación es el resultado de la obra cotidiana del Tribunal de Justicia que opera a partir de las concepciones jurídicas admitidas en los Estados miembros (Sentencia *Koster*, de 17 de diciembre de 1.970), aunque no sean exactamente coincidentes (basta que exista una cierta convergencia entre ellas o una tendencia dominante en el conjunto, a veces incluso una tendencia minoritaria de su adaptación a los objetivos de la Comunidad). Por vía jurisprudencial, se han conformado principios tales como los de proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad y no discriminación, audiencia y defensa, protección de la confianza legítima y otros muchos semejantes que contribuyen decisivamente a la construcción del Derecho Europeo entendido como un verdadero sistema²⁰.

El conjunto de las resoluciones judiciales de la Sala 3ª del Tribunal Supremo examinado revela una continua atención del juzgador a la posible aplicabilidad de los principios generales del Derecho al caso concreto enjuiciado. Sin embargo, en ninguna de ellas se ha estimado la vulneración por un precepto reglamentario de los principios generales informantes de nuestro Derecho.

²⁰ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 155-156. A propósito de tales principios, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario: Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.994, p. 245, destaca que están llamados a cumplir una función semejante a la que en su tiempo desempeñó el *ius commune*, en cuanto modelo al que se irán acomodando progresivamente los Derechos nacionales.

En relación con el límite material analizado destaca, con alcance de doctrina general sobre el tema, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1.988 (Ar. 3.294. Ponente: F.J. DELGADO BARRIO) que en su F.J. 2º declara:

“Ya en este punto, importa advertir ante todo que la actuación de la potestad reglamentaria de la Administración está rigurosamente sometida a los principios generales del Derecho.

A)Lo impone así, en primer lugar, la propia estructura del ordenamiento jurídico, integrado no sólo por normas sino también y sobre todo por principios, como ya puso de relieve magistralmente la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional. Tales principios son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y por ello han de informar todo el ordenamiento -art. 1.º.4 del Título Preliminar del Código Civil-, todos sus preceptos, incluido el que habilita a la Administración para dictar los Reglamentos. En tal sentido, cuando la Administración actúa la norma habilitante, informada por los principios generales del Derecho, ha de ajustarse a éstos.

B) Y así lo refleja claramente la que en su art. 103.1 impone a la Administración el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho: no sólo a la Ley sino también a algo distinto de la Ley y que es el Derecho, término este que en la contraposición mencionada ha de entenderse como equivalente a los principios generales del Derecho.”

Por consiguiente, el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación se encuentra rigurosamente sometido a los principios generales

del Derecho. Así lo impone, en primer término, la propia estructura del Ordenamiento jurídico, integrado no sólo por normas sino también y sobre todo por principios (que actúan como informadores del mismo además de ser fuente supletoria en defecto de ley y costumbre, de acuerdo con el artículo 1.4 Cc). Y así lo establece el artículo 103.1 CE que impone a la Administración (y al Ejecutivo en la medida en que ejerce potestades administrativas) el sometimiento pleno no sólo a la Ley sino también al Derecho.

Los supuestos en los que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estima que en el Real Decreto reglamentario impugnado no concurre vulneración de los principios generales del Derecho alegados por los recurrentes son los siguientes:

1) Principio de equidad (artículo 3.2 Cc): Sentencia de 12 de noviembre de 1.991 (Ar. 8.391), F.J. 7, que reitera la fundamentación contenida en las anteriores Resoluciones judiciales de 8 de junio de 1.992 (Ar. 4.789) y 16 de junio de 1.992 (Ar. 4.934).

2) Principios de legalidad (artículo 9.3 CE): Sentencia de 30 de septiembre de 1.992 (Ar. 7.279), F.J. 4; 8 de mayo de 1.998 (Ar. 3.673), F.J. 3.

3) Principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE): Sentencia de 8 de mayo de 1.998 (Ar. 3.673), F.J. 3.

4) Principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 CE): Sentencias de 8 de abril de 1.992 (Ar. 2.717), F.J. 5; 7 de mayo de 1.992 (Ar. 3.816), F.J. 2.

5) Principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE): Sentencias de 30 de septiembre de 1.992 (Ar. 7.279), F.J. 4; 15 de octubre de 1.997 (Ar. 7.538), F.J. 2; 27 de marzo de 1.998 (Ar. 2.858), F.J. 2. En relación con una concreción del mismo, el principio de confianza legítima, puede citarse la Sentencia de 15 de noviembre de 1.999 (Ar. 10.039), F.J. 2.

6) Principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE): Sentencias de 27 de marzo de 1.998 (Ar. 2.858); 15 de octubre de 1.997 (Ar. 7.538), F.J. 5; de 8 de mayo de 1.998 (Ar. 3.673), F.J. 3; de 8 de marzo del 2.000 (Ar. 4.027), F.J. 5, que reitera la fundamentación jurídica contenida en otra anterior de 20 de abril del 2.000; así como la de 29 de mayo del 2.001 (Ar. 4.958), F.J. 7.

7) Principio de igualdad ante la ley (artículo 14 CE): Sentencias de 23 de noviembre de 1.988 (Ar. 9.197), F.J. 8; 12 de noviembre de 1.991 (Ar. 8.391), F.J. 7; 8 de junio de 1.992 (Ar. 4.789), F.J. 7; 16 de junio de 1.992 (Ar. 4.934), F.J. 6; 30 de septiembre de 1.992 (Ar. 7.279), F.J. 4; 28 de noviembre de 1.994 (Ar. 8.955), F.J. 12, que reitera la doctrina contenida en otras 97 anteriores; 9 de febrero de 1.996 (Ar. 1.812), F.J. 6; 9 de enero de 1.998 (Ar. 815), F.J. 5; 28 de mayo de 1.999 (Ar. 5.625), F.J. 3; 8 de marzo del 2.000 (Ar. 4.027), F.J. 5, que contiene idéntica argumentación que la de 20 de abril de 2.000. [A la citada relación pueden añadirse, dentro de la doctrina jurisprudencial

examinada, las Sentencias del Tribunal Constitucional 26/1.986 de 19 de febrero, F.J. 5; 209/1.987 de 22 de diciembre, F.J. 6; 78/1.990 de 26 de abril, F.J. 6; 4/1.991 de 14 de enero, F.J. 6; 153/1.994 de 23 de mayo, F.J. 6].

8) Principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE): Sentencia de 9 de enero de 1.998 (Ar. 815), F.J. 5.

9) Principio del derecho al trabajo (artículo 35.1 CE): Sentencia de 30 de septiembre de 1.992 (Ar. 7.279), F.J. 4.

10) Principio de libertad de empresa (artículo 38 CE): Sentencias de 2 de marzo de 1.995 (Ar. 2.192), F.J. 6; 17 de junio de 1.997 (Ar. 6.093), F.J. 6.

11) Principio de protección de la familia (artículo 39.1 CE): Sentencia de 30 de septiembre de 1.992 (Ar. 7.279), F.J. 4.

12) Principio de objetividad en la actuación de las Administraciones Públicas (artículo 103.1 CE): Sentencia de 5 de noviembre de 1.999 (Ar. 9.294), F.J. 3; Sentencia de 23 de noviembre de 1.988 (Ar. 9.197), F.J. 4.

13) Principio de eficacia en la actuación de las Administraciones Públicas (artículo 103.1 CE): 23 de noviembre de 1.988 (Ar. 9.197), F.J. 4.

14) Principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (artículo 103.3 CE): Sentencias de 28 de mayo de 1.999 (Ar. 5.625), F.J. 3.; 9 de enero de 1.998 (Ar. 815), F.J. 5.

15) Los principios que gobiernan la relación entre el Ordenamiento jurídico comunitario y el interno (efecto directo, efecto primacía): Sentencia de 7 de abril de 1.999 (Ar. 3.068), F.J. 2.

b.- El fin de la norma reglamentaria.

F. GARRIDO FALLA afirma que la consagración del fin como elemento esencial de toda actuación administrativa es una consecuencia de los esfuerzos de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés por someter la misma al principio de legalidad. Una vez admitidos como motivos de anulación de la actividad administrativa formal la incompetencia y el vicio de forma, se vino a exigir a la Administración pública que utilizase sus poderes precisamente con miras al fin contemplado en la ley cuando realizó su atribución. La falta de adecuación entre los móviles que inspiraron la actuación administrativa y el fin se consideró vicio de nulidad por *détournement de pouvoir*. Pues bien, el fundamento de dicha técnica de la desviación de poder reside pura y simplemente en que su comisión determina una violación de la ley²¹. Por consiguiente, en relación con los reglamentos del Gobierno, la concurrencia de dicho vicio de invalidez (artículo 70.2 LJCA) supone la comisión de una infracción del artículo 62.2 LRJAPYAC determinante de nulidad radical.

²¹ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 607-611. El autor cita la Sentencia del TS de 29 de mayo del 2.001 como exponente de la doctrina general sobre el tema al señalar que <<la desviación de poder contra lo que suele pensarse, es un concepto de teoría general del Derecho, ya que puede darse en cualquier sector del ordenamiento jurídico, por más que la denominación que suele emplearse en esos otros sectores, es la de fraude de ley y que, junto con el abuso de poder, se produce cuando el titular de la potestad –el poder público en el caso que nos ocupa- utiliza una determinada unidad jurídica, como puede ser la propia competencia, para fines distintos de los previstos en la ley>>.

Como señala F. SAINZ MORENO²², la noción de <<interés general>> que constituye el fin genérico de toda actuación administrativa opera como *factor de legalidad* de la misma en un doble sentido:

1) En ciertos casos, constituye un límite legal a la acción administrativa, aspecto negativo de su función que se manifiesta en la <<desviación de poder>> cuando se constata una falta de acomodación entre la intención del autor de la norma y el fin que debería perseguir. Existen dos tipos de desviación de poder: a) <<el autor del acto no ha perseguido ningún fin de interés general>>; b) <<el fin de interés general perseguido es distinto del autorizado>>.

2) El aspecto positivo de la noción de interés público consiste en que éste opera como requisito de legalidad de la acción administrativa.

El fin como límite del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno responde obviamente a la consideración del aspecto negativo que el interés general, concurrente en la elaboración de la norma por el Ministerio con competencia en la materia de que se trate, cumple en cuanto al contenido posible de dicho reglamento. Así, el contenido de todo Real Decreto reglamentario se encuentra restringido por la necesidad de que la norma se acomode hacia el cumplimiento del fin establecido por el Ordenamiento jurídico y que, de ordinario, se encuentra especificado en la ley que desarrolla.

En relación con la técnica de la desviación de poder, se plantea como una de las cuestiones prácticas más importantes el tema de la prueba de la concurrencia efectiva en la norma del Gobierno de un fin distinto al permitido.

²² F. SAINZ MORENO, *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, Revista de Administración Pública, número 82, enero-abril, 1.977, pp. 441-443.

Pues bien, respecto a dicho punto, los autores antes citados mantienen posiciones coincidentes en cuanto al cumplimiento de la referida exigencia²³:

1) Rige la regla <<*actori incumbit probatio*>> por lo que el recurrente habrá de aportar los elementos de prueba en que funde dicho motivo, que pueden obtenerse tanto del contraste de la norma jurídica con la realidad social que trata de regular como de los datos obrantes en el expediente administrativo.

2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho. No obstante, el juez administrativo exige cada vez con mayor frecuencia que la Administración acredite los motivos de interés general que han determinado su conducta.

3) No puede exigirse por razón de su naturaleza una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para que el Tribunal forme la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma superior.

Las sentencias examinadas de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, se pronuncian reiteradamente en el sentido de que el Real Decreto concreto impugnado no incurre en desviación de poder porque :

1.- Su contenido es conforme con los objetivos de la ley que desarrolla. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de 15 de abril de 1.988 (Ar. 3.294), F.J. 6; 28 de noviembre de 1.994 (Ar. 8.855), F.J. 5 y 9 que como ya he

²³ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 610 y F. SAINZ MORENO, *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, Revista de Administración Pública, número 82, enero-abril, 1.977, pp. 444-446.

señalado con ocasión de la exposición de otros límites de los reglamentos reitera la doctrina de otras 97 sentencias anteriores; 16 de enero de 1.997 (Ar. 531), FF.JJ. 5 y 6; 21 de diciembre de 1.999 (Ar. 775), F.J. 4.

2.- El concepto de desviación de poder puede definirse como el <<ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico>> lo que supone una vulneración de la norma superior sin que entre dentro del mismo la posible contravención de acuerdos o convenios suscritos por la Administración del Estado en cuanto que los mismos carecen de naturaleza normativa. Tal argumentación se recoge en la Sentencia de 15 de enero de 1.993 (Ar. 391), F.J. 4.

De especial interés resulta la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1.998 que realiza una exposición detallada de la aplicación al caso concreto de la técnica de la desviación de poder concluyendo que el precepto reglamentario impugnado no vulnera el aludido límite sustantivo. La Resolución judicial, en concreto, hace las siguientes precisiones en su F.J. 3º:

“a) La doctrina científica más autorizada nos enseña que para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es necesario que la Administración atienda, con su actividad los fines que específicamente debe perseguir en el ejercicio de cada potestad. La discrecionalidad implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas: lo que no es posible es que, por medio de la discrecionalidad se alteren los fines a que obedece el ejercicio de la potestad administrativa.

b).- Respecto del Real Decreto impugnado, la Administración eligió la alternativa más justa.

c).- El precepto impugnado no vulneró el fin que debía perseguir: que los interesados hayan obtenido la adecuada formación para ejercer como médicos Especialistas. El fin es inmutable.”

El Ejecutivo, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, debe perseguir las finalidades establecidas por el Derecho superior. El Gobierno, sin embargo, goza de discrecionalidad en la determinación del contenido específico de un Real Decreto reglamentario lo que implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas: lo que no es posible es que, por medio de la discrecionalidad de que goza, altere los fines a que obedece el ejercicio de la potestad reglamentaria de la que es titular. La discrecionalidad, por otra parte, nunca será absoluta pues en la elaboración de un Real Decreto reglamentario siempre habrá un ámbito de regulación ya predeterminado por el Ordenamiento jurídico.

c.- La materia reglamentaria.

En relación con la materia sobre la que el Ejecutivo puede ejercer la potestad reglamentaria se manifiestan dos posiciones doctrinales cuya diferencia principal radica en la delimitación de las posibilidades de normar por vía reglamentaria los ámbitos relativos a la propiedad y la libertad de los individuos.

La primera de dichas posiciones, como sostiene J.S. PINIELLA SORLI, entiende que el reglamento, como producto y emanación de la Administración, tiene un campo de actuación autolimitado a aquellas materias que el servicio público atribuye a la propia Administración. Las materias ajenas a la

Administración como son las civiles, mercantiles o procesales, se encuentran vedadas al desarrollo reglamentario²⁴.

F. GARRIDO FALLA²⁵, asimismo, expone que los reglamentos no deben regular cuestiones que, por su naturaleza, pertenezcan al campo jurídico privado. La razón es doble dado que, por una parte, las cuestiones jurídico-privadas suelen tener una específica regulación en el Código Civil o en alguna de sus leyes complementarias y, por otra, porque no puede admitirse que, tratándose de cuestiones civiles, las disposiciones generales sean fuente del Derecho para los tribunales porque ello iría en contra de la independencia del Poder judicial.

Para la segunda posición doctrinal, el ámbito material en el que puede operar el reglamento se encuentra delimitado exclusivamente por la existencia o no, en cada campo sustantivo, de una reserva de ley establecida por la Constitución o de una previa regulación legal. J. GONZÁLEZ SALINAS²⁶, por ejemplo, afirma que la explicación de la aparente inmunidad de determinadas materias al ejercicio de la potestad reglamentaria (como las que regulan cuestiones jurídico privadas) se encuentra en el simple hecho de que la mayor parte de las mismas son materias reservadas a la ley por la Constitución. Se trata de materias en las que la relación de la Administración con los ciudadanos es una relación de supremacía general, y en la cual el reglamento no puede entrar de ninguna forma sin una previa y explícita habilitación legal, que en la mayor parte de los casos no se da.

²⁴ J.S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, p. 148.

²⁵ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 278-279.

²⁶ J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo*, *Revista de Administración Pública*, número 121, enero-abril, 1.990, p. 191.

En mi opinión, esta última posición resulta más acorde con el diseño que del ejercicio de la potestad reglamentaria se deduce del sistema constitucional de fuentes del Derecho. El Gobierno ostenta por atribución del artículo 97 de la Constitución una potestad reglamentaria genérica que podrá hacer efectiva siempre que no exista una previa limitación impuesta por el mismo texto constitucional o por una norma con rango de ley. Y aun así, han de tenerse en cuenta las posibilidades de colaboración puntual del reglamento con la Ley en campos en los que existe una reserva material de ley como ya he expuesto en el Capítulo relativo a los reglamentos del Gobierno en el sistema de fuentes del Derecho vigente tras la Constitución Española de 1.978 (Capítulo VII), por lo que me limito a remitirme al mismo.

Finalmente, he de exponer el tratamiento que, de este límite, han realizado las resoluciones analizadas de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Así, cabe citar la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de la Sección 6ª de 28 de octubre de 1.995 (Ar. 8.544) y 7 de abril de 1.997 (Ar. 2.495) que delimita el alcance del principio de congruencia en relación con el R.D. 675/1.993, de 7 de mayo, por el que se aprobó la modificación del artículo 142 del Reglamento Notarial. La última de las citadas (Ponente: L. TEJADA GONZÁLEZ) en su F.J. 8 declara:

“La potestad reglamentaria que al Gobierno confiere el art. 97 de la Constitución ha de ser ejercida de acuerdo con ésta y con las leyes, entendiendo por éstas ni sólo el derecho positivo ni solamente las normas de rango superior, sino el ordenamiento jurídico como sistema, en el que tanto la ley formal como las normas infralegales se insertan con arreglo a unos principios fundadores, por lo que todos los poderes públicos, al igual que los ciudadanos, están sujetos no sólo a la Constitución sino «al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 del Texto Constitucional). Así, pues, el

Gobierno cuando ejerce la potestad reglamentaria viene sujeto no sólo a la ley habilitante o de cobertura -salvo en el caso de los Reglamentos independientes y de los «autónomos» (manifestación de estos últimos pueden constituir las Normas forales emanadas de las Juntas Generales)- sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto. Las normas reglamentarias, como producto normativo subordinado a la ley, no sólo no han de contradecir las previsiones de ésta (en virtud del principio constitucionalizado de jerarquía normativa), sino que **han de mantenerse, funcionalmente hablando, en el ámbito del grupo normativo que vienen a completar o desarrollar, presidido por la ley cabecera de dicho grupo**, sin que pueda por tanto el reglamento ser utilizado para, desbordando dicho ámbito, resolver problemas ajenos al propio objeto de su regulación material; si tal ocurriera la potestad reglamentaria, caracterizada genuinamente por sus rasgos esenciales de generalidad y permanencia, que la distingue de los simples actos administrativos, dejaría de ser el «complemento indispensable» de la ley (por utilizar una expresión doctrinalmente acuñada), para convertirse en cauce de solución de concretos y puntuales conflictos. Pues bien, este reproche es el que corresponde, tal como entiende la Sala, a la norma reglamentaria en examen.”

De acuerdo con la referida doctrina jurisprudencial, por lo tanto, el Gobierno cuando ejerce la potestad reglamentaria viene sujeto no sólo a la ley habilitante o de cobertura -salvo en el caso de los Reglamentos independientes- sino también al Ordenamiento jurídico en su conjunto. Las normas reglamentarias del Ejecutivo, como producto normativo subordinado a la Ley, no sólo no han de contradecir las previsiones de ésta (en virtud del principio constitucionalizado de jerarquía normativa), sino que han de mantenerse, funcionalmente hablando, en el ámbito del grupo normativo que vienen a completar o desarrollar, presidido por la ley cabecera de dicho grupo.

Por otra parte, ha de incluirse igualmente, dentro del estudio del presente límite sustantivo de los reglamentos, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo relativa al alcance de las distintas reservas de ley establecidas en el texto constitucional que ya ha sido analizada con ocasión del Capítulo relativo a los reglamentos del Gobierno en el sistema de fuentes del Derecho vigente tras la Constitución Española de 1.978 (Capítulo VII). Merece, sin embargo, citarse concretamente un supuesto en el que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en contra del criterio restrictivo que se deduce del conjunto de las Sentencias examinadas, estima la alegación de los recurrentes de que el Real Decreto impugnado infringe la reserva de ley establecida en la Constitución. En concreto, se trata de la Sentencia de 16 de diciembre de 1.994 (Ar. 10.046. Ponente: P.J. YAGÜE GIL), F.J. 14, que declara que el artículo 67.3 del Real Decreto 1.075/1.986 por el que se dio nueva redacción al Título V, Capítulo I, artículos 65 a 73 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía Eléctrica de 12 de marzo de 1.954 vulneraba los artículos 33 y 53 CE que no permiten que el derecho de propiedad se vea afectado por limitaciones impuestas por normas reglamentarias.

d.- La irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de los derechos individuales.

La posibilidad de atribuir eficacia retroactiva a los reglamentos ya ha sido examinada en el Capítulo relativo a la eficacia y vigencia en el tiempo de los Reales Decretos reglamentarios (Capítulo VI) al que me remito. En este apartado, baste recordar que la polémica doctrinal y jurisprudencial existente en torno a los supuestos en que los reglamentos pueden tener eficacia retroactiva, se torna en opinión unánime favorable a la prohibición de tales

efectos cuando el reglamento supone una *reformatio in pejus* de la normativa anterior, esto es, cuando se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3 CE y 62.2 LRJAPYAC.

4.- EL TRÁMITE DE ADMISIBILIDAD EN LA IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL GOBIERNO.

A.- El derecho a la tutela judicial efectiva.

Entre las novedades más destacadas de la Constitución española de 1.978 se encuentra la calificación de todo el sistema jurisdiccional como un sistema llamado a otorgar <<la tutela efectiva de jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de todas las personas>>. La pretensión de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales se configura, además, como un derecho fundamental (artículo 24.1 CE), dentro de la tabla de derechos fundamentales que la Constitución proclama como uno de sus valores superiores (Sección 1ª del Capítulo II del Título I) y, por lo tanto, protegido por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y, ulteriormente, por el derecho de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 CE).

Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA²⁷, la consecuencia fundamental de este pronunciamiento constitucional es que el sistema jurisdiccional se ha subjetivado al concebirse como un respaldo otorgado a esas situaciones

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, Revista de Administración Pública, número 152, mayo-agosto, 2.000, pp. 101-104.

jurídicas individuales a las que califica como derechos e intereses legítimos. Y en dicha conclusión, han coincidido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo y la doctrina científica²⁸.

Este carácter resueltamente subjetivista del sistema español de justicia administrativa ha quedado definitivamente confirmado por la Ley, hoy vigente, de 13 de julio de 1.998 que vuelve a insistir en su artículo 1º que el objeto del proceso es siempre enjuiciar <<las pretensiones>> que deduzcan los recurrentes, excluyendo así *a l mine* cualquier construcción que pretendiera hablar de un <<proceso al acto>>, abstractamente considerado. La *qualit  pour agir* es siempre la invocación de <<un derecho o interés legítimo>> (artículo 19 LJ).

Por otra parte, el citado autor entiende que, dada la trascendencia de la calificación constitucional del sistema judicial español, cabe hablar de un resuelto <<cambio de paradigma>>, en el sentido de la conocida obra de T. KHUN, sobre las revoluciones científicas. El contencioso-administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración, ha pasado a ser desde finales del siglo XX, en varios países de la Unión Europea y, aun con todas las prevenciones que se quiera, incoativamente al menos, en Francia, país que forj  el modelo, un sistema de tutela o protección de derechos o intereses legítimos de los ciudadanos.

²⁸ A este respecto, conviene indicar que el cambio de orientación operado en la jurisdicción contencioso-administrativa de un proceso objetivo de tipo francés a un proceso subjetivo propio del Derecho alemán ya fue destacada por el Dictamen del Consejo de Estado 1.125/97 de 29 de mayo (Rec. 19), Sección 2ª, Consideración 5ª.

S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, por su parte, concluye en este punto que si el artículo 24.1 CE reconoce un derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos, esto no podía sino significar que la misión esencial de la jurisdicción contencioso-administrativa había de ser la tutela de los derechos e intereses legítimos de los particulares en sus relaciones jurídicas con la Administración²⁹. La misma Exposición de Motivos de la Ley 13 de julio de 1.998 destaca en relación con las partes, en su apartado IV, que lo que se pretende es que nadie, sea persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia.

Pues bien, ha de tenerse en cuenta que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de 13 de julio de 1.998, la aprobación del texto constitucional determinó que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1.956 hubiera de ser interpretada extensivamente a la luz de dicho derecho fundamental. En este punto, puede afirmarse que la consecuencia principal de la subjetivación del entero sistema jurisdiccional ha consistido, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y para el tema que nos ocupa, en la ampliación de la legitimación activa para interponer el recurso contra los reglamentos del Gobierno. En efecto, el antiguo artículo 28 LJ disponía que únicamente estaban legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de disposiciones de la Administración:

²⁹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.999, p. 34.

a) Los que tuvieren un <<interés directo>> en ello en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 3 [<<disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual>>]. Debiendo de tenerse en cuenta que el criterio del interés directo es más restringido que el del <<interés legítimo>> como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1.982, de 11 de octubre. Y dicho criterio del Tribunal constitucional se explicitaría más tarde en el artículo 7.3 LOPJ.

b) Las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación y defensa de intereses de carácter general y corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos, si el recurso tuviere por objeto la impugnación de disposiciones de carácter general de la Administración Central.

Pues bien, dicha regulación de la legitimación activa para recurrir disposiciones generales, como ha señalado M. BAENA DEL ALCÁZAR³⁰, suponía en el contexto de 1.956, pura y simplemente que sólo las entidades de Derecho público podían discutir ante los Tribunales de justicia la validez de los reglamentos emanados de un Estado corporativo y autoritario, en definitiva los Decretos del Jefe del Estado y las Órdenes dictadas por los Ministros de su Gobierno. Dicha regulación, sin embargo, no podía seguir siendo sostenida dado el contenido de los preceptos constitucionales que incidía directamente

³⁰ M. BAENA DEL ALCÁZAR, *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (Coordinador: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), <<El control de los reglamentos y la jurisprudencia postconstitucional>>, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 1.354-1.375.

sobre la regulación del control de la potestad reglamentaria (artículos 24.1 y 106.1 CE).

El citado autor expone detalladamente como el problema de la necesaria superación de las restricciones a la legitimación para impugnar reglamentos fue abordado, desde poco después de la entrada en vigor de la Constitución, por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en relación con la potestad reglamentaria del Gobierno. Concretamente, las primeras Sentencias que se refieren al tema datan de 1.981 (v.gr., Sentencia de 14 de octubre de 1.981), iniciando una evolución jurisprudencial que concluye con la Sentencia de 18 de abril de 1.986. Dicha resolución rompe con la línea jurisprudencial previa de progresiva eliminación de los obstáculos existentes para la impugnación directa de normas reglamentarias: 1) necesidad de que existiera una correspondencia entre el ámbito de la norma y la competencia territorial de la entidad que llevaba a cabo la impugnación; 2) la necesidad de que la impugnación de reglamentos se llevase a cabo por entidades de Derecho público; y 3) la exigencia de recurso de reposición previo a las impugnaciones de disposiciones de carácter general. Y, al mismo tiempo, establece la nueva doctrina jurisprudencial afirmando que el planteamiento anterior de la legislación corporativa necesaria para impugnar directamente disposiciones generales ha entrado en crisis a partir de la vigencia de la Constitución por estimarse incompatible con el artículo 24 de la misma, cuando declara el derecho de todas las personas, sin excepción, a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, sin que el ciudadano se encontrara suficientemente protegido a través del mecanismo procesal de la impugnación indirecta.

El Tribunal Constitucional, en relación con la misma cuestión dictó un número reducido de resoluciones que, hasta la Sentencia 32/1.991 de 14 de febrero, en definitiva rehuyeron el problema planteado (Sentencias 93/1.984 de 16 de octubre, 160/1.985 de 28 de noviembre, 24/1.987, de 25 de febrero, y 93/1.990 de 23 de mayo). La referida Sentencia de 14 de febrero 1.991, en cambio, sí se pronunció claramente a favor de la ampliación de la legitimación para impugnar directamente reglamentos, pero la Resolución se dictó cuando era ya indudable que el problema había sido resuelto con anterioridad por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, concretamente cinco años antes, a partir de la Sentencia de 18 de abril de 1.986.

De las Sentencias del Tribunal Constitucional examinadas con ocasión de la presente investigación, se deduce la siguiente doctrina jurisprudencial sobre el contenido de la tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24.1 CE:

1) Este precepto supone, como regla general, que cualquier persona que acuda ante los órganos judiciales debe obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho a las pretensiones planteadas ante los mismos. No obstante, este derecho no es absoluto ni condicionado, sino que debe someterse al cumplimiento de los requisitos procesales que legalmente se impongan. Ello supone que la tutela judicial efectiva se ve también satisfecha cuando la respuesta obtenida consiste en la negativa a entrar en la cuestión de fondo planteada, siempre que esta negativa se encuentre justificada de manera motivada y razonable en la falta de cumplimiento de los requisitos procesales legalmente exigidos para acceder a las distintas acciones y recursos previstos en el ordenamiento procesal (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1.982

de 16 de junio, F.J. 3; 19/1.983 de 14 de marzo, F.J. 3; 68/1.983 de 26 de julio, FF.JJ. 5 y 6; 93/1.984 de 16 de octubre, F.J. 5; y 62/1.989 de 21 de mayo, F.J. 2, entre otras muchas).

2) Al mismo tiempo también se ha declarado que aunque el legislador goza de un amplio margen para la regulación de tales requisitos, como los mismos condicionan el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia <<por la misma razón que las normas que los contienen, han de ser interpretadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerlos, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales>> (Sentencias del Tribunal Constitucional 46/1.989 de 21 de febrero, F.J. 2; y 62/1.989 de 21 de mayo, F.J. 2, por citar las más recientes).

3) Por otra parte, también se ha declarado de manera reiterada y uniforme que la interpretación de los requisitos procesales legalmente exigidos cae, por regla general, en el terreno de la legalidad ordinaria y, en consecuencia, la interpretación de los mismos se enmarca en principio en las funciones de los órganos judiciales que han de aplicar dicha legalidad. Al Tribunal Constitucional no le corresponde corregir la aplicación llevada a cabo por los Tribunales salvo que sea inmotivada o arbitraria. No obstante, la interpretación que de tales requisitos se realice debe guiarse por el principio de dar máxima eficacia al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1.987 de 8 de julio, FF.JJ. 2 y 3, entre otras).

B.- Examen de las causas de inadmisibilidad reguladas por la LJCA en relación con la impugnación de Reales Decretos reglamentarios.

La actual regulación de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo declarada en sentencia se contiene en el artículo 69 LJ, según el cual, la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los siguientes casos:

- a) Que el Juzgado o Tribunal Contencioso-administrativo carezca de jurisdicción.
- b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.
- c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- d) Que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia.
- e) Que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

El estudio de dichas causas de inadmisibilidad resulta de capital importancia en el examen del control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios por la Sala 3ª del Tribunal Supremo pues de su extensión y aplicación depende, en definitiva, la tramitación y resolución de los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnan dichas normas del Gobierno tanto directa como indirectamente. Y, debido a dicha causa, su alegación por la Abogacía del Estado y consiguiente tratamiento en las

Sentencias examinadas de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resulta constante. Hasta tal punto es así, que constituye una nota habitual en las Resoluciones judiciales analizadas el que su primer fundamento jurídico se halle dedicado a dicha cuestión.

Pues bien, M. BAENA DEL ALCÁZAR³¹ destaca no obstante, en relación con la regulación legal de este tema, que el espíritu de la nueva Ley Jurisdiccional es conseguir que el fallo de la sentencia no contenga declaración alguna de inadmisibilidad. Para alegar que existen defectos procesales, la Ley ofrece múltiples oportunidades anteriores a la Sentencia, en especial el trámite de admisión del recurso (el artículo 51 LJ contempla todas las causas excepto la cosa juzgada y la litispendencia) y las alegaciones previas a la contestación de la demanda (ya que artículo 58 LJ se remite íntegramente al 69). En la regulación del trámite de inadmisión destaca especialmente la previsión que realiza el artículo 51.2 LJ, es decir, la inadmisión del recurso por haberse desestimado otros sustancialmente iguales, previsión ésta que sin duda está tomada del recurso de casación. Ha de tenerse en cuenta que no se trata del supuesto de que el Tribunal aprecie cosa juzgada, pues no se exige que haya identidad de supuestos. En definitiva se remite a la subjetividad del Juez que ha de apreciar si el recurso interpuesto es sustancialmente igual a otros recursos.

La Ley contempla la posibilidad de que pueda continuar produciéndose la declaración de inadmisibilidad mediante sentencia, principalmente porque

³¹ M. BAENA DEL ALCÁZAR, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Dirección: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El procedimiento contencioso-administrativo en primera o única instancia. Estudio especial del procedimiento abreviado (arts. 43 a 78)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 360-361 y 372-373.

entre las partes se abra el debate, en ocasiones enconado, sobre una de las causas, lo que obliga a diferir la solución al momento de terminación del procedimiento, o porque la admisibilidad del recurso se encuentre íntimamente ligada con el fondo del asunto.

La regulación del artículo 69 LJ, bastante completa, actualiza y complementa la que se hacía en el artículo 82 de la Ley anterior. Así se suprime la alusión al recurso de reposición, ahora potestativo y, sin duda a la vista de las facilidades que ofrece el nuevo texto legal para la subsanación, no se mencionan como causas de inadmisibilidad ni los defectos en el escrito de interposición del recurso ni los que puedan haberse producido al formalizar la demanda. Pero además, se suprime también la falta de competencia, toda vez que el órgano jurisdiccional siempre está obligado en tal caso a remitir los autos al Juez o Tribunal competente.

Las causas de inadmisibilidad que subsisten son, por tanto, la falta de jurisdicción, la falta de capacidad o legitimación, la extemporaneidad, el carácter no impugnabile del acto y la cosa juzgada o litispendencia. De dicha relación de causas de inadmisibilidad han de destacarse varios extremos:

- 1) La escasa importancia actual de los actos no impugnables, reducidos a los actos confirmatorios y consentidos de acuerdo con el artículo 28 LJ que, en consecuencia, constituyen un supuesto no aplicable a la impugnación de los reglamentos del Gobierno.

2) Tanto en el supuesto de litispendencia como de cosa juzgada es necesario examinar el caso con sumo cuidado, pues resulta necesario que exista una identidad de supuestos.

P. GARCÍA MANZANO³², por su parte, destaca como primera novedad de la Ley la posibilidad de inadmisiones parciales, al señalar el artículo 69 LJ que <<la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones...>>, es decir, no se considera el recurso contencioso-administrativo como un bloque inescindible cuyo examen debe conducir en todo caso a una decisión de inadmisión de todo él; se atiende, por el contrario, a las pretensiones como objeto del proceso administrativo, y se considera la posibilidad de que solamente alguna o algunas puedan incurrir en causa de inadmisión. Y entiende que, con ello, se viene a zanjar una materia controvertida como lo pone de relieve que la tesis, al menos implícita de la posibilidad de inadmisión parcial contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1.985, fuera objeto de un voto particular sosteniendo, con arreglo a la entonces doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, la improcedencia de tales inadmisibilidades parciales. Así, merece destacarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1.988, (Ar. 10.126. Ponente: J.M. RUIZ JARABO Y FERRÁN), [aunque en la misma se impugnaba una Orden del Ministerio de Economía y Hacienda], que mantenía la prohibición de las inadmisibilidades parciales al afirmar, F.J. 2:

³² P. GARCÍA MANZANO, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Coordinadores: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<Terminación del procedimiento>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 314 y 318.

“La cuestión relativa a las inadmisibilidades parciales ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en el sentido de entender que la inadmisibilidad sólo puede aplicarse respecto de todo un proceso contencioso-administrativo, es decir, de todo lo que es objeto de impugnación en el mismo, pues sabido es que los conceptos de admisibilidad o inadmisibilidad contenidos en la LJCA, juegan en relación al recurso y no con las pretensiones, por lo que, insistimos, la inadmisibilidad ha de referirse en bloque al recurso y no a las pretensiones aisladas, por lo que en el caso de que alguna de ellas sea procesalmente inviable, debe adoptarse la fórmula de desestimación del recurso en cuanto a ella, pero no ser declarada inadmisibile.”

En relación con el apartado c) del artículo 69 LJ que permite inadmitir el recurso si tiene por objeto <<disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación>> critica la inclusión de las <<disposiciones generales>> como las que puede dictar el Gobierno, pues las normas reglamentarias no consienten supuestos de inimpugnabilidad objetiva, ya que no les son aplicables, obviamente, ni el régimen de los actos de trámite ni el artificio técnico de la reproducción o confirmación de los actos consentidos, que son los únicos supuestos de inimpugnabilidad objetiva que se tienen en cuenta por la nueva Ley de la Jurisdicción en sus artículos 25.1 y 28. Por el contrario, las disposiciones generales están sujetas, cualquiera que sea su objeto y la forma o rango normativo que revistan (v.gr. el de Real Decreto), al control plenario que a la jurisdicción contencioso-administrativa atribuye el artículo 106.1 CE, como también se infiere de la incondicionada mención que a la impugnación de disposiciones generales, en sus modalidades de recurso directo e indirecto, se contiene en los artículos 25.1 y 26 de la nueva LJCA.

Finalmente cabe destacar que J. GONZÁLEZ PÉREZ³³, quien define las causas de inadmisibilidad del recurso como presupuestos de admisibilidad del proceso en cuanto al fondo, señala como principales novedades de la Ley de la Jurisdicción en relación con las mismas, las tres siguientes: 1) la eliminación por la Disposición Derogatoria 2ª, del requisito introducido por la LRJAPYAC de previa comunicación a la Administración de la intención de interponer el recurso contencioso-administrativo por contradecir el artículo 24.1 CE, de conformidad con la doctrina jurisprudencial al respecto; 2) la supresión de la falta de competencia del órgano jurisdiccional que desde la interpretación jurisprudencial del artículo 8.3 LJ era inoperativa toda vez que, el órgano jurisdiccional, siempre está obligado en tal caso a remitir los autos al Juez o Tribunal competente; y, por último, 3) la eliminación de la causa de inadmisibilidad consistente en formalizar la demanda sin haberse cumplido los requisitos de forma, que no tenía sentido ya que, los supuestos contadísimos en que se producía la no subsanación de los defectos en el plazo que debería concederse al demandante determinaban la caducidad del proceso, y no la inadmisibilidad.

C.- Examen especial de la doctrina jurisprudencial sobre las causas de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnan reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

³³ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Vol. II (Ley 29/1.998 de 13 de julio* , 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 1.392-1.393.

A continuación, realizo una exposición detallada de la aplicación que el antiguo artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1.956 ha tenido en los procesos en los que se impugnaban Reales Decretos reglamentarios. La relación jurisprudencial resulta suficientemente ilustrativa de la aplicación que la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha venido realizando de las causas de inadmisibilidad de las principales modalidades de recursos contencioso-administrativos incluidos dentro del objeto del presente estudio, es decir, del recurso directo y del recursos indirecto contra los reglamentos del Gobierno.

La totalidad de las Sentencias examinadas en las que se resuelve como cuestión previa sobre la posible concurrencia de las causas de inadmisibilidad alegadas por el Abogado del Estado versan sobre **recursos directos contra Reales Decretos reglamentarios. Se exceptúan**, no obstante, las dos Sentencias indicadas a continuación que recaen sobre **recursos indirectos** contra Reales Decretos del Gobierno:

1) La Sentencia de 17 de marzo de 1.998 (Ar. 4.040. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS) Sección 6ª, F.J. 1, sobre aplicación del principio <<*pro actione*>> a la legitimación activa en relación con la causa prevista en el artículo 82.b) LJCA.

2) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 14 de junio de 1.994 (Ar. 5.250. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 1, en la que se dirime sobre la posible existencia en el caso enjuiciado de causas de inadmisibilidad del artículo 82.d) y f) LJCA.

Además, en la jurisprudencia analizada, he de mencionar la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª (Ar. 338. Ponente: M. GODED MIRANDA), F.J. 2, que resuelve sobre la existencia de causa de inadmisibilidad de un recurso de apelación del artículo 94.1.c) LJCA de 1.956 en relación con el artículo 10.1.a) de la misma ley. Dicha Resolución judicial no se incluye en el examen realizado por tratarse de una causa de inadmisión propia del acto administrativo recurrido y no de la norma del Gobierno en cuya presunta ilegalidad se funda.

Pues bien, entrando ya en el estudio de cada una de las causas de indamisibilidad contempladas en el artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1.956, procede el siguiente análisis jurisprudencial de los recursos directos e indirectos (éstos últimos identificados expresamente como tales para que pueda obtenerse una visión singularizada del tema respecto de cada clase de recurso contencioso-administrativo), en los que se impugna la validez de Reales Decretos reglamentarios ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

a.- Artículo 82.a) LJCA, <<que se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia para ello, por corresponder el asunto a otra jurisdicción o a otro órgano de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, respectivamente>>.

En relación con este supuesto de inadmisibilidad en el conocimiento del recurso contencioso-administrativo pueden destacarse las siguientes

manifestaciones contenidas en las resoluciones judiciales en las que se impugnan Reales Decretos reglamentarios.

a’.- Supuestos en los que el recurrente solicita que se condene al Gobierno a dictar una nueva disposición general que sustituya a la impugnada o que se incluya un nuevo precepto.

El Tribunal lo califica como causa de desestimación de la pretensión y no de inadmisibilidad del recurso fundándose en que la inadmisibilidad sólo puede predicarse del recurso contencioso-administrativo como un todo. Pueden citarse en este sentido las siguientes Resoluciones judiciales:

1) La Sentencia de la Sección 2ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.992, (Ar. 8.258. Ponente: J. MORENO MORENO), F.J. 2, que enjuicia un recurso en el que no concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.a) LJCA en relación con la pretensión relativa a que se condene a la Administración a dictar otra nueva en sustitución de la anulada. Aunque en el ámbito de los poderes reconocidos al Tribunal Contencioso-administrativo en un proceso de impugnación de una disposición general del Gobierno no cabe la condena a la Administración a dictar otra nueva en sustitución de la anterior, la consecuencia no es la declaración de su inadmisibilidad sino su desestimación, pues es doctrina reiterada de la Sala 3ª del Tribunal que la inadmisibilidad se refiere al recurso como un todo por lo que -salvo en casos especiales- sólo puede predicarse respecto de un proceso contencioso-administrativo pero no de las diferentes pretensiones que en el mismo se ejercitan.

2) Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 21 de marzo de 1.991 (Ar. 2.888. Ponente: A.A. LLORENTE CALAMA), F.J. 1, [que se reitera en otras 37 sentencias posteriores, la última de las cuales es la de 7 de octubre de 1.992, Ar. 8.461], **califica como causa de desestimación y no como causa de inadmisibilidad la petición de que <<se condene a la Administración a dictar una nueva normativa reguladora** de las concesiones del Monopolio de Petróleos, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 5/1.985 y legislación concordante>> porque la función jurisdiccional, salvo en materia de Ordenanzas fiscales, de acuerdo con el artículo 85 LJ, sólo ejerce el control de la conformidad a derecho del acto o disposición impugnada, procediendo a su anulación, total o parcial, si éste fuera el pronunciamiento pertinente, y reconociendo, en su caso, la situación jurídica individualizada, para adoptar las oportunas medidas en orden a su establecimiento.

3) Igualmente, la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1.991, (Ar. 8.163. Ponente: F.J. HERNANDO SANTIAGO), F.J. 3, **contempla como un caso de desestimación de un recurso y no de inadmisibilidad, la petición contenida en la demanda de que se realice jurisdiccionalmente una labor supletoria de la omisión de una falta de previsión o regulación legal en relación con un reglamento ejecutivo. En el suplico de la demanda se postula que se dicte sentencia: <<por la que se declare no conforme a Derecho el Reglamento recurrido, por no articular la compensación financiera de los gastos que se originan a los Municipios como consecuencia de las funciones y**

responsabilidades que les imputan en el mismo; y se reconozca el derecho de aquéllos a tal compensación con efectos desde la publicación de tal Reglamento>>. Y la Sentencia hace notar que la Ley 19/1.984, del Servicio Militar no contempla previsión alguna a este respecto, por lo que un pronunciamiento jurisdiccional en el sentido pretendido por la parte recurrente no es posible hacerlo.

Por consiguiente, la referida Sentencia del Tribunal Supremo contempla la alegación como causa de desestimación en atención a que cuando se impugna un reglamento ejecutivo, cual es el Reglamento a la Ley del Servicio Militar, la fiscalización jurisdiccional debe quedar constreñida a la comprobación de si el reglamento impugnado desborda los límites de la ley que desarrolla y la de determinados preceptos constitucionales, o constriñe, modifica o restringe las previsiones legales en desarrollo de las cuales se dicta el reglamento pero, como he señalado, no debe implicar que se realice jurisdiccionalmente una labor supletoria de la omisión de una falta de previsión o regulación legal, que no está contemplada en la ley a la que el reglamento viene a dar desarrollo y que ha de materializarse en una labor normativa impropia de la función revisora o fiscalizadora que compete a la jurisdicción contenciosa.

b’.- La desviación procesal por ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo en relación con el recurso previo de reposición.

Dicho supuesto fue contemplado por la doctrina jurisprudencial como causa de inadmisibilidad del recurso en Sentencia aunque, propiamente, no constituye un supuesto del artículo 82.a) LJCA.

En concreto, la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1.997, (Ar. 531. Ponente: F. LEDESMA BARTRET), F.J. 1, declara que <<la desviación procesal por ampliación del objeto del recurso>> aunque no constituye propiamente un supuesto del artículo 82.a) LJ se califica como un supuesto de inadmisibilidad del conocimiento de la pretensión. Así, si en el recurso previo de reposición al proceso y en el escrito de interposición del mismo únicamente se impugnó el apartado 6 de la disposición transitoria 14 del Reglamento General de Costas, la demanda altera el objeto del recurso cuando pretende en el suplico un pronunciamiento jurisdiccional que declare la nulidad absoluta del apartado 3 de la misma disposición transitoria.

Por consiguiente, estima que el actor incurre en una evidente desviación procesal y en causa de inadmisibilidad. Acotado el ámbito del proceso dentro de unos determinados límites por el recurrente en virtud de sus propios actos, no cabe después ampliarlo a otros preceptos diferentes de una disposición general.

Señala, asimismo, la indicada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1.997, (Ar. 531), que tal causa de inadmisibilidad estuvo reconocida por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las Sentencias de 20 de diciembre de 1.958, 12 de febrero de 1.960 (Ar. 406), 2 de marzo de 1.993 (Ar. 1.584) y la más reciente de 22 de enero de 1.994, que a su vez cita numerosas sentencias de la propia Sala. Todo ello

porque en el proceso contencioso-administrativo sólo cabe el enjuiciamiento del acto o disposición general cuya impugnación se anuncia en el escrito de interposición.

Por lo tanto, en tales casos, la causa de inadmisibilidad es acogida dejando fuera del objeto del proceso aquello que originariamente dejó excluido el recurrente en el recurso de reposición ante el Gobierno. En la actualidad, obviamente, tal posibilidad no existe por cuanto la LRJAPYAC no contiene ninguna previsión legal de recursos directos en vía administrativa de los Reales Decretos reglamentarios.

b.- Artículo 82.b) LJCA, “Que se hubiere interpuesto por persona incapaz, no representada debidamente o no legitimada”.

a’.- El concepto de interés legítimo tras la Constitución Española de 1.978.

Las principales manifestaciones de las Resoluciones judiciales analizadas sobre este punto ya tratado en términos generales en el apartado anterior son las siguientes.

1) La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.992 (Ar. 8.258. Ponente: J. MORENO MORENO), que siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las Sentencias 24/1.987 y de 28-5-1.990, declara en su F.J. 3º que el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos impone a los jueces y tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas de las leyes procesales y entre ellas el interés directo del artículo 28.1.a) LJCA.

2) La Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1.993, (Ar. 3.420. Ponente: J. YAGÜE GIL), que en su F.J. 2º afirma que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que los obstáculos que podrían surgir del artículo 28.1.b) de la LJCA para la legitimación de cualquier persona que tenga interés legítimo para la impugnación de disposiciones de carácter general han de entenderse suprimidos por el artículo 24.1 de la Constitución Española, que deroga, en su Disposición Derogatoria 3ª a cuantas disposiciones se le opongan. De forma que actualmente sólo se precisa un interés legítimo para impugnar cualquier acto o disposición.

3) La Sentencia de la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1.998 (Ar. 4.040. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS), F.J. 1, que expone la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones (así en Sentencias núms. 160/1.985, de 28 noviembre y 24/1.987, de 25 de febrero, entre otras), según la cual, la legitimación procesal ha de responder a una aplicación razonada de los preceptos que la disciplinan, basada en el interés legítimo en evitación de la vulneración del art. 24.1 CE, por lo que aquellos actos y disposiciones contra los que recurren las partes afectadas y que puedan perjudicar a sus legítimos intereses, son susceptibles de impugnación.

Este mismo criterio ha mantenido la Sala 3ª del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, Sentencias de 8 noviembre de 1.976 [Ar. 4.848], 2 de mayo de 1.977 [Ar. 1.954], 5 de marzo de 1.980 [Ar. 2.063], 18 de febrero y 11 de junio de 1.982 [Ar. 553 y 4.585], 10 de febrero de 1.983

[Ar. 752] y 24 de febrero de 1.984 [Ar. 984]) que sostiene el principio general del criterio <<pro actione>> cuando aparezca claramente acreditada su exigencia por norma legal o estatutaria que así lo disponga.

En conclusión, a la vista de la doctrina jurisprudencial precedente, el Tribunal Supremo llega a la consideración inicial de que el presupuesto procesal de la legitimación ha de ser interpretado con flexibilidad y con la finalidad de lograr una completa y plena garantía jurisdiccional por parte de los litigantes, en coherencia con el derecho a la tutela judicial efectiva preconizado en el artículo 24.1 de la Constitución. Dicho precepto resulta plenamente aplicable a partir de la vigencia de la Norma Fundamental y de acuerdo con él deben interpretarse las normas preconstitucionales, lo que ha llevado a sostener por vía jurisprudencial un concepto amplio del criterio antiformalista que informó la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, como han reconocido, entre otras, las Sentencias de 2 mayo de 1.977 (Ar. 1.954), 31 de octubre de 1.979 (Ar. 3.381), 25 de septiembre de 1.980, 16 de diciembre de 1.981 (Ar. 5.420), 28 de mayo de 1.982 (Ar. 4.154), 3 de marzo de 1.983 (Ar. 1.368), y 11 de abril de 1.984 (Ar. 1.920).

4) Por otra parte, en relación con la delimitación del concepto de interés legítimo, la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de febrero del 2.000 (Ar. 2.888. Ponente: J. M. SIEIRA MIGUEZ), F.J. 1, precisa que “la legitimación debe examinarse en relación con el objeto real de la impugnación” en el sentido de que ciertamente no es lo mismo que se recurra en su totalidad un reglamento del Gobierno o sólo parte del mismo que posiblemente no guardan vinculación alguna con el recurrente. Así dicha resolución destaca la importancia de delimitar el objeto material del recurso

con el demandante. Y, por la misma razón, entiendo que debe diferenciarse también entre el objeto del proceso, las pretensiones de la parte actora, y los motivos de impugnación alegados en la demanda³⁴.

5) Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7ª, Sala 3ª, de 8 de marzo del 2.000, (Ar. 4.027. Ponente: R. TRILLO TORRES), F.J. 1, pone de manifiesto que la legitimación por interés corporativo del artículo 28.1.b) LJCA, en la redacción entonces vigente, había de entenderse derogada por inconstitucionalidad sobrevenida a consecuencia de la amplitud con que el artículo 24.1 CE se refiere al derecho de acceso a la jurisdicción. En consecuencia, ese interés corporativo, e incluso el interés directo del apartado a), de dicho precepto, han sido sustituidos por el concepto de interés legítimo que es más amplio.

6) Y, por último, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1.988 (Ar. 4.024. Ponente: F.J. HERNANDO SANTIAGO), F.J. 3, **en un procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales**, sostiene que **la entidad recurrente** (<<Acción Familiar>>) no es titular del derecho a la vida del *nasciturus*, ni es titular de ningún centro para la práctica del aborto, ni del derecho a abortar ni puede asumir la

³⁴ En relación con esta argumentación cabe destacar que M.J. ALONSO MAS, comentando una sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2.001 dictada en un recurso directo contra el Real Decreto 320/94, mantiene que la legitimación activa debe conectarse necesariamente con el objeto del proceso administrativo que son las pretensiones de los recurrentes y no con los concretos motivos impugnatorios expuestos por los mismos. Lo anterior permitiría evitar que el Tribunal Supremo, como hizo en la referida Sentencia, estimara que un vicio de forma consistente en la omisión del trámite de audiencia en el proceso de elaboración de un reglamento sólo es invocable por aquella entidad respecto de la que se omitió. Vid. M.J. ALONSO MAS, *La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial*, Revista de Administración Pública, número 157, enero-abril, 2.002, pp. 241-242 y 259.

representación de las madres gestantes pero **ostenta un interés legítimo a que alude el artículo 162.1.b) CE con arreglo a sus Estatutos**. Lo que pone de manifiesto, la relevancia de los documentos fundacionales de una asociación para determinar su objeto y, del mismo, deducir la existencia o no de un interés legítimo en relación con la impugnación del Real Decreto reglamentario objeto del proceso.

b’.- Distinción entre interés legítimo, interés directo, intereses colectivos, intereses difusos y mero interés de legalidad.

En este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 9 de julio de 1.993 (Ar. 6.187. Ponente: P.J. YAGÜE GIL), F.J. 2, destaca que, tras la vigencia de la Constitución, ha de entenderse sustituido el concepto de interés directo por el criterio más amplio de interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las Sentencias 60/1.982, 62/1.983, 257/1.988, y 97/1.991 y Auto 356/1.989. Igualmente es aplicable por regla común la legitimación del apartado a) y no la del apartado b) del artículo 28.1 LJCA, de conformidad, asimismo, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en las Sentencias 160/1.985 y 24 /1.987 y en el Auto 520/1.987.

La distinción entre los conceptos de interés legítimo, interés directo, intereses colectivos, intereses difusos y mero interés de legalidad se contempla, en concreto, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-

administrativo del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.997, (Ar. 7.789. Ponente: E. ESCUSOL BARRA) que expone en cuanto a la referida distinción [F.J. 1]:

La evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el concepto de legitimación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, obliga a distinguir y precisar los siguientes conceptos: interés legítimo, interés directo; intereses colectivos o difusos y el mero interés por la legalidad. A través de **los conceptos de interés legítimo e interés directo**, se garantiza una utilidad sustancial al interesado; y es que frente a las potestades administrativas, el administrado es titular de una esfera jurídica cuyo contenido no es otro que un conjunto de utilidades a través de las que se satisface el interés propio (derechos subjetivos). Pero junto a ello, hay que situar **los intereses colectivos o difusos**, que caen dentro del derecho a la tutela judicial efectiva: a través de ellos se amplía el concepto de interés directo pero sin que dentro de dicho concepto quepa incluir a quien se limita a actuar en defensa de la legalidad (SSTS, entre otras de 14 de julio de 1.988 (Ar. 5.627), 7 de febrero de 1.989 (Ar. 2.455), 12 de junio de 1.989 (Ar. 4.658) y 19 de julio de 1.991 (Ar. 6.557). El mero interés de la legalidad sólo legitima en aquellos campos de actuación administrativa en que por ley esté reconocida la acción pública (STS 31 de mayo de 1.990, Ar. 4.138).

Por consiguiente, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, a efectos de la determinación de la legitimación activa del recurrente engloba tanto el interés legítimo y directo como los intereses colectivos o difusos. El criterio mantenido con carácter general insiste en que la legitimación activa se vincula a la obtención de una ventaja de cualquier clase por parte del recurrente. Y se distingue según el actor obtenga una utilidad sustancial (que constituye el presupuesto de hecho para calificar su interés de directo o legítimo) o una

utilidad de menor entidad y que puede afectar incluso a un colectivo pero sin llegar a identificarse con el mero interés por la legalidad (intereses colectivos o difusos). La Sentencia analizada termina concluyendo, con fundamento en una reiterada jurisprudencia que ante un supuesto en el que hacen acto de presencia meros intereses colectivos o difusos, los actores se hayan amparados por el derecho a la tutela judicial efectiva. Únicamente excluye de la legitimación activa el mero interés por la legalidad en los casos en los que no se halle expresamente reconocida por la ley la acción pública.

Finalmente cabe destacar, en relación con dicho tema, que la doctrina científica elaborada con motivo de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa o bien no se pronuncia en este punto o se muestra favorable a la doctrina sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo³⁵.

c’.-Manifestaciones del principio <<pro actione>> en orden a la admisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un Real Decreto reglamentario.

a’).- En relación con la capacidad procesal del recurrente.

³⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 510 a 513. El citado autor define los <<intereses colectivos>> como aquéllos que trascienden el interés individual, por ejemplo, el interés en una determinada profesión y lo concreta precisamente en relación con la antigua LJCA en el artículo 28.1.b) LJ de impugnación de disposiciones generales. Los <<intereses difusos>>, por el contrario, se definen como aquéllos que tienen un grupo indeterminado de personas que no se hallan vinculados por una relación jurídica concreta. Termina señalando que la admisión de ambas categorías no amplía el ámbito de la legitimación activa previsto en el vigente artículo 19 LJ.

La doctrina general afirma que los obstáculos de carácter formal que puedan presentarse a los recurrentes sólo son estimables frente al principio <<pro actione>> cuando aparezca claramente acreditada su exigencia por norma legal o estatutaria que así lo disponga. De ahí que la jurisprudencia examinada se pronuncie reiteradamente a favor de la subsanabilidad de la falta de aportación por la representación de la parte actora de los Estatutos y del acuerdo para recurrir cuando no concurra una exigencia expresa en tal sentido. A este respecto, pueden citarse las consideraciones jurídicas contenidas en las siguientes Resoluciones judiciales:

1) La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de 23 de enero de 1.990 (Ar. 406. Ponente: A.A. LLORENTE CALAMA), F.J. 2, pone de manifiesto que **el interés legitimador de los actores** para demandar la anulación de los actos y disposiciones de la Administración **debe entenderse vigente mientras no se hayan visto privados de la condición con la que concurrieron al proceso mediante resolución firme** (v.gr., liquidadores de la entidad recurrente) porque: a) si el acuerdo adoptado no llegase a prosperar se verían privados de impugnar directamente el Real Decreto en tiempo hábil; b) se infringiría el principio constitucional a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE; y c) se vulneraría la reiterada jurisprudencia que ha venido a robustecer el principio <<pro actione>>, propiciando el conocimiento del fondo del asunto en supuestos más dudosos que el planteado.

2) En el mismo sentido, la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1.997 (Ar. 1.509. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 2, entiende que **existe legitimación activa y capacidad procesal** en un colegio profesional, de conformidad con los artículos 24.1 CE y 7.2

LOPJ, **cuando los Estatutos han sido anulados con posterioridad al escrito de interposición**, e inscritos en el Registro de Colegios Profesionales. El Colegio demandante tiene interés legítimo dado que puede velar por los intereses profesionales de sus colegiados.

Las dos Sentencias precedentes muestran como la capacidad procesal del recurrente se mantiene durante la tramitación del proceso contencioso-administrativo. Y ello, a pesar de la anulación de los actos en los que consta tal condición en atención al interés legítimo acreditado al inicio del proceso; o mientras no se vea privado del carácter con el que concurrían al proceso por un acto definitivo y firme en atención precisamente a la protección del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE.

3) Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 12 de diciembre de 1.990 (Ar. 9.636. Ponente: B. MARTÍNEZ SANJUÁN), F.J. 1, destaca que resulta intrascendente la falta de acuerdo expreso por el Órgano competente relativo a la interposición del recurso (art. 57.2.d LJCA). Afirmar que es criterio actual de la doctrina jurisprudencial [SSTS de 1 de octubre y 15 julio de 1.985 (Ar. 4.530 y 4.088), 9 de octubre de 1.986 (Ar. 5.036) y 8 de marzo de 1.987 (Ar. 1.465)] una interpretación amplia del concepto de legitimación, potenciando la posibilidad de una tutela judicial efectiva, de ahí **que los impedimentos de carácter formal, sólo son estimables frente al principio <<pro actione>> cuando aparezca claramente acreditada su exigencia por norma legal o estatutaria que así lo disponga**, pues, la jurisprudencia ha sido matizada con el principio del artículo 24.1 CE.

4) En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sección 4ª, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1.998 (Ar. 154/1.999. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), F.J. 1, que pone de manifiesto que **basta con acreditar que no es indiferente a los intereses del actor la regulación reglamentaria**. En el caso enjuiciado, se trataba de un colegio oficial de farmacéuticos de ámbito provincial por lo que bastaba con constatar que no era indiferente a la profesión farmacéutica la regulación reglamentaria que se impugnaba ya que de conformidad con el artículo 1.3 de la Ley 2/1.974 de 13 de febrero de Colegios Profesionales constituye precisamente uno de los fines de la Administración Corporativa la defensa de los intereses profesionales.

5) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1.998, Sección 3ª (Ar. 301. Ponente: O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ), F.J. 2, por su parte, **no aprecia falta de capacidad procesal de la persona jurídica recurrente por no haber acompañado, al escrito de interposición, el documento que acredite que el Presidente de la Asociación está autorizado por el órgano competente para entablar el recurso** [esto es, <<no haberse acompañado el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar recursos exijan a las Corporaciones e Instituciones sus leyes respectivas>>, conforme al artículo 57.2.d) LJ].

La citada Resolución judicial, asimismo, destaca que es criterio jurisprudencial mantenido de antiguo por la Sala 3ª, y corroborado por las

Sentencias de 2 de noviembre de 1.994 (Ar. 8.654), 29 de mayo de 1.996 (Ar. 4.529) y 28 de mayo de 1.997, que dentro del principio espiritualista que inspira la Ley Jurisdiccional, robustecido por el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE y el principio <<pro actione>> que de él deriva, que **la exigencia denunciada opera sólo respecto de aquellas instituciones o corporaciones que por ministerio de la ley o por prescripción estatutaria, están obligadas a recabar el acuerdo favorable de determinados órganos para ejercitar válidamente las acciones que les competen**, más en ningún caso es requisito generalizable al ejercicio de acciones por las personas jurídicas, entendiéndose por el contrario que incluso el otorgamiento de poder para litigar comporta dicha autorización. La citada exigencia, por lo demás, se haya establecida en la actualidad por el artículo 45.2.d) LJ de la Ley 29/1.998 de 13 de julio.

6) En el mismo sentido, favorable a la subsancibilidad de la falta de aportación por la representación de la parte actora de los Estatutos y del acuerdo para recurrir, **se pronuncia una reiterada doctrina jurisprudencial**. A este respecto, pueden citarse las siguientes Sentencias examinadas de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo: 1) la Sentencia de la Sección 6ª del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1.992 (Ar. 6.862), F.J. 2, en virtud del principio <<favor actionis>> [que menciona a su vez las Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1.988, 15/1.990, 78/1.991]; 2) las Sentencias de 15 de julio de 1.996 (Ar. 6.394), F.J. 1; 2 de diciembre de 1.998 (Ar. 10.438), F.J. 1; 21 de diciembre de 1.999 (Ar. 775), F.J. 1; y de 15 de noviembre de 1.999 (Ar. 10.039), F.J. 1.

La jurisprudencia citada, por consiguiente, mantiene que, tras la vigencia de la Constitución, la tutela efectiva por los Tribunales de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no se puede hacer depender del establecimiento de un requisito formal, como es el de acompañar una previa declaración de consentimiento para la interposición del recurso, **siendo suficiente la presunta aquiescencia del Órgano rector de la persona jurídica recurrente prestada al ratificarse y consentir su representante procesal la interposición y tramitación del recurso sin manifestar su voluntad en contra.**

b’.- En relación con la representación.

La causa de inadmisibilidad del artículo 82.b) LJ cuando emplea la expresión <<no representada debidamente>> no debe confundirse con la necesidad de cumplimiento de las formalidades legalmente previstas para entablar la demanda. Y ello porque tales formalidades comprenden cualquier falta de acreditación documental susceptible de subsanación a través del mecanismo establecido en el artículo 57.3 LJCA. La concurrencia de dicha causa de inadmisibilidad se liga, por el contrario, al incumplimiento de los requisitos previstos legalmente para la representación de la persona jurídica o el ejercicio de la postulación procesal.

En relación con la acreditación de la representación por el actor pueden citarse las siguientes argumentaciones jurídicas contenidas en Sentencias del Tribunal Supremo en las que se impugnan Reales Decretos reglamentarios:

1) La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 2ª, 20 de enero de 1.989 (Ar. 150. Ponente: B. MARTÍNEZ SANJUÁN), F.J. 1, sostiene que no concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.b) en relación con el artículo 57.2.d) LJCA porque: a) No se ha de identificar la expresión literal <<representada debidamente>> a que alude el art. 82.b) LJCA con la expresión <<cumplimiento de las formalidades para entablar demanda>> ya que ésta última se refiere a la acreditación documental –susceptible de subsanación a través del mecanismo establecido en el art. 57.3 LJCA-; b) la entidad recurrente (la Federación Española de Judo y Disciplinas Asociadas conforme a la Ley 13/1.980 de 31 de marzo y el Real Decreto 643/1.984 de 28 de marzo) no tiene la naturaleza jurídica de las Corporaciones o Instituciones a las cuales sus leyes respectivas exigen expresas <<formalidades>>, esto es, adoptar y acreditar un Acuerdo previo para la interposición de recursos contencioso-administrativos.

2) Por su parte, la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala 3ª de 27 de diciembre de 1.991 (Ar. 1.701. Ponente: E. PUJALTE CLARIANA), F.J. 1, declara que no concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.b) LJCA por haberse interpuesto por persona <<no representada debidamente>>. Y cita, a este respecto, la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en orden a la interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad [Auto de 10 de noviembre de 1.979 y Sentencias de 31 de marzo y 16 de mayo de 1.981 (Ar. 3.962, 980 y 2.205), 18 de febrero de 1.982 (Ar. 553), 31 de marzo y 11 de octubre de 1.983 (Ar. 5.115), 10 de febrero (Ar. 797) y 11 de abril de 1.984] como criterio favorable al principio <<pro

actione>>, trasunto de la efectiva protección jurisdiccional –artículo 24 de la Constitución- a que se refieren las Sentencias del Tribunal Constitucional de 29 noviembre de 1.982 y 30 de mayo de 1.984. En consecuencia, termina concluyendo la referida Resolución judicial que **el requisito cuestionado sólo se exigirá cuando expresamente se establezca en una norma.**

3) Finalmente, en varios procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se sostiene que la entidad recurrente se encuentra debidamente representada porque existe un previo acuerdo corporativo para impugnar el Real Decreto reglamentario por esta vía procesal. Así, v.gr., en las Sentencias de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1.995 (Ar. 9.044), F.J. 3, 20 de febrero de 1.998 (Ar. 3.262), F.J. 1, y 29 de octubre de 1.999, (Ar. 3.798/2.000), F.J. 3.

c’.- En relación con el requisito de la comunicación previa al órgano administrativo que dictó el reglamento impugnado contenido en el apartado 3 del artículo 110.3 LRJAPYAC derogado por la Disposición Derogatoria 2ª.d) de la Ley 29/1.998 de 13 de julio.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 2 de diciembre de 1.998, (Ar. 10.438. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), **sostiene la subsanabilidad de la omisión del requisito** de comunicación previa al órgano administrativo que dictó la disposición impugnada en aplicación del principio <<*pro actione*>>. En concreto, la citada Resolución judicial declara [F.J. 1] que :

“El artículo 110.3 LRJ-PAC dispone que la interposición del recurso contencioso-administrativo contra actos que ponen fin a la vía administrativa requerirá comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado. La doctrina científica ya se ha planteado, el problema de la naturaleza jurídica de la comunicación que, conforme el precepto citado, debe hacer el recurrente al órgano administrativo del que proceda el acto impugnado. Y entendiendo que la comunicación previa es un requisito de procedibilidad, se llegó a decir que el incumplimiento de tal obligación llevaba como consecuencia la inadmisión del recurso, que es la tesis que expresa en el presente pleito el Abogado del Estado y las demás partes que han formulado la pretensión de que se declare inadmisibile el presente recurso. Pero frente a esta radical tesis se defiende, y ello lo acepta esta Sala, que la falta de comunicación previa no es más que un requisito formal subsanable, que incluso debe entenderse subsanado en el caso, como ocurre en el presente pleito, en que se admitió el recurso contencioso-administrativo sin ningún obstáculo y se tramitó. Debemos pues desestimar la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo alegado por el Abogado del Estado y las otras partes citadas.”

En consecuencia, la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo con carácter previo a la nueva LJCA y en atención a la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 CE estima la irrelevancia de la falta de comunicación previa. Dicho trámite no es más que un requisito formal subsanable, que incluso debe entenderse subsanado por la simple admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo de que se trate.

d’).- En relación con la legitimación del recurrente.

El principio <<*pro actione*>> actúa de modo evidente en relación con la apreciación de la legitimación del actor pues, a la vista de la ampliación del concepto de legitimación e interés que había tenido lugar en los últimos años por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, las Sentencias analizadas estimaron que bastaba tener un interés particular en la repercusión que la declaración pudiera tener sobre los bienes y derechos futuros.

Dicha doctrina jurisprudencial es sostenida por las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de 10 de noviembre de 1.994 (Ar. 8.418), F.J. 3, y de 28 de enero de 1.997 (Ar. 1.220), F.J. 3. En concreto, la última de las citadas mantiene la legitimación del Colegio profesional provincial recurrente para impugnar normas de ámbito territorial nacional.

La referida Resolución judicial de 28 de enero de 1.997 (Ar. 1.220. Ponente: A. MARTÍ GARCÍA, F.J. 3), además, cita la jurisprudencia que interpreta las exigencias de legitimación de la entidad recurrente en los términos de los artículos 28 y 32 LJCA, constituida, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1.956 (Ar. 1.430), 27 de abril de 1.968, 26 de enero de 1.971 (Ar. 135), 24 de junio de 1.972 (Ar. 3.290), 25 de febrero de 1.984, 12 de noviembre de 1.985 (Ar. 5.669) y 2 de diciembre de 1.986 (Ar. 1.400). Y señala que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 4/1.982 de 8 de febrero) afirma que el derecho fundamental acogido en el artículo 24.1 de la Constitución es predicable de todos los sujetos jurídicos y, por lo tanto, la tutela jurídica que

se solicita en un recurso de impugnación de una disposición general, es atendible a instancia de una persona jurídica cuando ésta tiene estatutariamente atribuida la defensa de los intereses de las personas que lo integran (Sentencias de la antigua Sala 4ª de 9 de marzo de 1.983 (Ar. 1.400) y estos intereses pueden sin duda verse afectados por las normas que los erosionan.

Por su parte, la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1.998 (Ar. 4.040. Ponente: J.J. GONZÁLEZ RIVAS), F.J. 3, (dictada como se ha dicho en un *recurso indirecto* contra un Real Decreto reglamentario), declara la posibilidad de impugnar los actos de otro ente con personalidad jurídica diferenciada. Y dicha afirmación constituye ciertamente una expresión de la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contenciosa por quien únicamente ostenta un interés legítimo en relación con la satisfacción procesal de la pretensión.

Finalmente, la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 29 de mayo del 2.001 (Ar. 4.958. Ponente: A. MARTÍ GARCÍA), F.J. 2, afirma que conforme a lo dispuesto en el artículo 32 LJCA, la entidad recurrente (el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos) no está legitimada para la defensa de los intereses y derechos profesionales o económicos de sus representados que no se ven afectados por la norma impugnada. Ahora bien, precisa que uno de los fines esenciales de la entidad actora es la ordenación del ejercicio de las profesiones lo que sí obliga a desestimar la causa de inadmisibilidad aducida.

d'.- Supuestos en que concurre interés legítimo en el recurrente.

El criterio habitualmente sostenido por la Sala 3ª del Tribunal Supremo se concreta en declarar que la legitimación del recurrente es manifiesta en todo aquellos casos en los que se aprecia en el actor la defensa de un interés legítimo, perfectamente diferenciable del mero afán de preservar la legalidad del Ordenamiento jurídico, característico de la acción de legalidad.

Entre los supuestos en los que el Tribunal rechaza la alegación de falta de legitimación activa puedo citar las Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1.991, F.J. 5 (Ponente: J. AROZAMENA SIERRA); la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 28 de mayo de 1.992 (Ar. 5.346), F.J. 1; y las Sentencias de la Sección 4ª de la misma Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1.994 (Ar. 6.969), F.J. 2; 19 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.429), F.J. 1; y 9 de febrero de 1.999 (Ar. 1.552), F.J. 1.

Procede asimismo un breve análisis de las siguientes Resoluciones judiciales a propósito de la aplicación del principio *pro actione* en relación con la apreciación de interés legítimo en el recurrente:

1) La Sentencia de la Sección 2ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1.992 (Ar. 2.343. Ponente: A.A. LLORENTE CALAMA), F.J. 2, estima que en el recurrente existe un interés legítimo conforme al artículo 9 de los Estatutos y art. 20 de la Ley 26/1.984 de 19 de julio so pena de infringir el

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), robustecido a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por el principio <<*pro actione*>>.

2) La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 15 de enero de 1.993 (Ar. 391. Ponente: A. GALÁN MENÉNDEZ), F.J. 1, por su parte, mantiene que no se da la causa de inadmisibilidad del artículo 82.b) LJCA por cuanto al recurrente no le es apreciable falta de legitimación corporativa del artículo 28.1.b) LJCA que ha quedado desvirtuada no sólo por el artículo 7.3 LOPJ en relación con el art. 24.1 CE sino más casuísticamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1.985 de 28 de noviembre, luego secundada por la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 16 de julio de 1.987.

3) Finalmente, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 12 de diciembre del 2.000 (Ar. 552/2.001. Ponente: J.E. PECES MORATE), F.J. 1, contempla un recurso en el que la legitimación del recurrente es manifiesta por defender un interés legítimo, perfectamente diferenciable del mero afán de preservar la legalidad, por lo que su legitimación es patente con arreglo a la doctrina jurisprudencial [Sentencias de esta Sala de 19 de noviembre de 1.993 (Ar. 8.451), 9 de mayo de 1.994 (Ar. 5.304), 26 de enero de 1.992, 4 de febrero de 1.997 (Ar. 890), 19 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.429), 10 de noviembre de 1.997 (Ar. 8.584), 18 de diciembre de 1.999 (Ar. 9.651), 25 de enero del 2.000 (Ar. 1.234) y 22 de mayo del 2.000] interpretativa del artículo 28.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1.956, asumida y reflejada en la actualidad por el precepto contenido en el artículo 19.1.a) de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1.998 de 13 de julio, y, por consiguiente, no

concorre la causa de inadmisibilidad contemplada en el artículo 82.b) de la LJCA de 1.956.

e’.- Supuestos en que concurre falta de legitimación procesal para recurrir.

El examen de tales supuestos de <<falta de legitimación procesal>> del recurrente se subsume en definitiva en la expresión <<no representada debidamente>> del artículo 82.b) LJCA en cuanto supone el incumplimiento manifiesto por la parte actora de las formalidades exigidas legalmente para ejercer la postulación procesal como, por ejemplo, la falta de presentación de un poder por el Procurador o no figurar en el escrito de interposición del recurso algunos de los interesados en recurrir el Real Decreto reglamentario.

En este sentido, cabe citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 16 de diciembre de 1.994 (Ar. 10.046. Ponente: P.J. YAGÜE GIL), F.J. 3. Dicha Resolución judicial mantiene que en el recurso debatido concurre falta de legitimación procesal en la parte actora por: 1) no haber presentado el Procurador el correspondiente poder respecto de varios particulares que pretenden recurrir; 2) presentarse un poder otorgado por quien no acredita la relación con quien se pretende que sean actores; y, finalmente, 3) por no figurar el interesado en la relación de recurrentes aunque sí en los poderes presentados.

c.- Artículo 82.c) LJCA, “Actos no impugnables por ley”.

La Sentencia de la Sección 4ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1.997 (Ar. 6.429. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), F.J. 1, estima que **no puede aceptarse como causa de inadmisión la invocación del artículo 82.c) en relación con el artículo 40.f) LJCA** [*<<no se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa>>*] y el artículo 101 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA) porque supondría el señalamiento de una zona inmune a la revisión de los Tribunales.

El artículo 101.2 LRDA disponía que *<<los Decretos aprobatorios de estos planes (Planes Generales de Transformación) no serán susceptibles de recurso alguno, incluido el contencioso-administrativo>>*, pero mantener la vigencia de tal disposición después de la Constitución supondría ignorar la virtualidad derogatoria de la Norma Suprema (Disposición Derogatoria 3 CE), ya que dicha exclusión o señalamiento de una zona inmune a la revisión de los Tribunales resulta contraria no sólo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el mencionado artículo 24.1 CE, sino también al pleno control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa que consagra el artículo 106 CE, en relación con el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que establece el artículo 103.1 CE, por lo que debe también rechazarse esta causa de inadmisión.

Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, carece de sentido la elaboración de normas reglamentarias por el Gobierno que pretendan quedar exentas del control judicial. Y ello cualquiera que sean las materias sobre las que versen en atención a la cláusula general definitoria

del ámbito de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (artículo 1 LJ) como a la no inclusión de los Reales Decretos reglamentarios en el artículo 3 de la misma Ley como materia excluida del examen por la jurisdicción. A este respecto, entiendo que incluso la regulación reglamentaria de los denominados “actos de Gobierno” sería fiscalizable en la medida en que: a) afectan a los intereses legítimos de los ciudadanos; b) pueden incurrir en vicios de forma; o c) en contravención de elementos reglados por la Ley³⁶.

d.- Artículo 82.d) LJCA, “que recayere sobre cosa juzgada”.

La cosa juzgada viene siendo reconocida pacíficamente como una causa de inadmisibilidad del recurso directo contra Reales Decretos reglamentarios, tanto en la antigua Ley de la Jurisdicción (artículo 82.d) LJCA) como en la nueva Ley (artículo 69.d) LJCA). La razón de tal impedimento procesal reside en que no es razonable someter de nuevo a enjuiciamiento la legalidad de aquellos preceptos reglamentarios que ya fueron objeto de resolución judicial pues iría en contra tanto de la seguridad jurídica como de la economía procesal.

No sucede lo mismo, como expongo más adelante dentro de este mismo Capítulo, en el recurso indirecto contra Reales Decretos reglamentarios respecto de las previas sentencias desestimatorias recaídas en recursos directos contra tales normas, pues el recurso indirecto tiene la misión de permitir el control permanente de los reglamentos verificando su sometimiento a la Ley y al Derecho.

³⁶ Vid. a este respecto, la defensa y posterior matización de la exención judicial de los <<actos políticos del Gobierno>> sostenida por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 63-64.

En relación con tal causa de inadmisibilidad puedo citar los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

1) La Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1.990 (Ar. 1.701/1.991. Ponente: E. PUJALTE CLARIANA), F.J. 3, mantiene que la cosa juzgada opera como causa de inadmisibilidad de un recurso (total o parcial) puesto que no es dable someter de nuevo a enjuiciamiento la legalidad de aquellos preceptos sobre los que recayó sentencia, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 noviembre de 1.983, 10 de febrero de 1.986 (Ar. 374) y 9 de marzo de 1.988.

2) Por su parte, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 14 de junio de 1.994 (Ar. 5.250. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 1, *resuelve un recurso indirecto* en el que no aprecia que exista identidad de personas, respecto de la Sentencia de fecha 19 febrero 1.987 (Ar. 666) que cita el Abogado del Estado; ni de pretensiones. Además, la posición mantenida por la entidad actora (el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Alicante) es distinta a la mantenida en los recursos acumulados contra el Real Decreto 2.708/1.982 de 15 de junio por los sujetos demandantes (el Consejo General de Colegios de Veterinarios de España, por el Consejo General de Colegios de Médicos de España, por el Consejo Superior de Colegios de Doctores y Licenciados en Ciencias Químicas y Fisioquímicas, por el Colegio Oficial de Biólogos y por el Sindicato Libre de Farmacia).

e.- Artículo 82.e) LJCA ,”que no se hubiere interpuesto si fuere preceptivo el recurso previo de reposición”.

a’.- Exigencia del recurso de reposición con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre que derogó los artículos 52 y 53 de la LJCA de los que se deducía su obligatoriedad para las disposiciones generales del artículo 39.3 LJCA.

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1.988 (Ar. 3.341. Ponente: E. CANCER LALANNE), F.J. 2, sostuvo que, respecto a determinados recurrentes concurría la excepción de inadmisibilidad del artículo 82.e) LJCA por no haberse interpuesto el preceptivo recurso de reposición, al tratarse de disposición que había de ser cumplida sin necesidad de un previo acto de sujeción individual, siendo por ello incluíble en el apartado 3 del artículo 39 LJCA, mientras que la regla del artículo 53.e) de la misma Ley, sólo se refería a las disposiciones del apartado 1 de ese artículo 39. Esta declaración, sin embargo, no impidió que se entrara a conocer del fondo del asunto, dado que el requisito denunciado fue cumplido por los demás recurrentes.

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional 32/1.991 de 14 de febrero (Ponente: F. GARCÍA MON Y FERNÁNDEZ REGUERAL), por el contrario, representa un cambio en el tratamiento judicial de la exigencia de recurso previo en relación con los reglamentos al afirmar que la excepción de su obligatoriedad debía entenderse extendida, de acuerdo con los

artículos 24.1 CE y 53.e) LJCA [*<<se exceptúan del recurso de reposición las disposiciones de carácter general en el supuesto previsto en el párrafo primero>>*], **no sólo al apartado 1º del artículo 39 LJCA sino también al apartado 3º**. A este respecto, la Sentencia declara la siguiente doctrina jurisprudencial [F.J. 6º]:

“La interpretación de los requisitos procesales legalmente exigidos cae, por regla general, en el terreno de la legalidad ordinaria y, en consecuencia, la interpretación de los mismos se enmarca en principio en las funciones de los órganos judiciales que han de aplicar dicha legalidad. Al Tribunal Constitucional no le corresponde corregir la aplicación llevada a cabo por los Tribunales salvo que sea inmotivada o arbitraria. No obstante, la interpretación que de tales requisitos se realice debe guiarse por el principio de dar máxima eficacia al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1.987, entre otras).”

Por consiguiente, la doctrina del Tribunal Constitucional anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre ya había ampliado la exención del artículo 53.e) LJCA relativa al cumplimiento del requisito previo del recurso de reposición a la impugnación de toda clase de reglamentos y por ende, de los Reales Decretos reglamentarios.

b’.- Falta de exigencia del recurso de reposición con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJAPYAC.

Tras la publicación y entrada en vigor de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo

moduló la exigencia del cumplimiento del recurso previo de reposición contra reglamentos que hubieran de ser cumplidos sin necesidad de un acto previo de requerimiento o sujeción individual (artículos 126 LPA; 39.3, 52 y 53 LJCA de 1.958) en aquellos recursos directos en los que todavía se hacía aplicación de la regulación derogada (la Disposición Derogatoria 2.c) LRJAPYPAC derogaba los artículos 52 y 53 LJCA, convirtiéndolo en un requisito subsanable).

En el resto de los casos de impugnación directa de un Real Decreto del Consejo de Ministros, subsumibles en el artículo 39.1 LJCA, se entendía, claro está, que el requisito no era exigible por imperativo del artículo 53.e) LJCA. Dicha doctrina jurisprudencial se deduce, en concreto, de las siguientes Resoluciones judiciales:

1) La Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1.993 (Ar. 391. Ponente: A. GALÁN MENÉNDEZ), F.J. 2, afirma que no se da la causa de inadmisibilidad del artículo 82.e) LJCA porque la falta de recurso previo de reposición es un defecto subsanable en la forma prevista en el artículo 129.3 LJCA, en aquellos supuestos en que dicho recurso fuera legalmente exigible, lo que no ocurría en el caso examinado pues el Real Decreto impugnado, disposición general emanada de la Administración Central, no establecía normas que hubieran de ser cumplidas directamente por el recurrente, de conformidad con el artículo 53.e) LJCA derogado por la LRJAPYPAC.

2) Las Sentencias de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1.994 (Ar. 3.776. Ponente: E. ESCUSOL BARRA, F.J. 1), y de 9 de febrero de 1.996 (Ar. 1.812. Ponente: F. CID FONTÁN, F.J. 1), por su parte, resuelven dos supuestos en los que mantienen que no es preciso el recurso de reposición porque se impugna una disposición general del Gobierno, de acuerdo con los artículos 82.e), 52.1 y 53.e) de la LJCA, en relación con los artículos 37 y 39 LJCA de 1.956. Por lo tanto, se recurre un Real Decreto reglamentario que precisa de un acto previo de requerimiento o sujeción individual conforme al artículo 39.1 LJCA de 1.956.

f.- Artículo 82.f) LJCA, “que se hubiere presentado el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo fuera del plazo establecido o en forma defectuosa“.

a’.- Supuestos en que concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA.

1) La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 4 de diciembre de 1.992 (Ar. 9.886. Ponente: M. GARCÍA CARRERO), F.J. 1, resuelve un supuesto en el que concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA al haberse producido una interposición extemporánea del recurso contencioso. El artículo 58.3.b) LJCA establece que el plazo de 2 meses para interponer el recurso contencioso-administrativo cuando no proceda la notificación personal debe contarse desde el día siguiente al de la última publicación oficial del acto o disposición. Ahora bien, cuando se trata –

como en el caso debatido- de disposiciones generales emanadas de órganos del Estado, es el texto publicado en el B.O.E. el que tiene la consideración de <<oficial y auténtico>> (arts. 3.1.a) y 4.1 Real Decreto 1.511/1.986 de 6 de junio) y su publicación conforme a los artículos 2.1 Cc, 132 LPA y 29 LRJAE, hace efectivo el principio de publicidad normativa consagrado en el art. 9.3 CE.

2) Los Autos de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, F.J. 1, de 22 de octubre de 1.991 (Ar. 7.573); 25 de marzo de 1.992 (Ar. 2.060 y 2.061); 21 de mayo de 1.989 (Ar. 4.096/1.992); 26 de mayo de 1.992 (Ar. 3.934); 10 de julio de 1.992 (Ar. 6.063); y 13 de octubre de 1.992 (Ar. 8.128), asimismo, contemplan un supuesto en el que concurre la causa de inadmisibilidad del art. 82.f) LJCA al haberse producido una interposición extemporánea del recurso contencioso *apreciado en el trámite de alegaciones previas del art. 71 LJCA*. La fecha inicial del computo del plazo para la interposición es la de publicación en el BOE. La última de las resoluciones judiciales, en concreto, afirma [F.J. 1]:

“El Real Decreto 356/1989, de 7 de abril, sobre retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aparece publicado en el BOE correspondiente al día 13 de abril, por lo que el plazo de 2 meses para su impugnación en la vía contencioso-administrativa finalizó el 13-6-1989, no el 14 de ese mes, que es la fecha en que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de interposición del recurso, aunque en este último día se volviera a publicar en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, como alega el recurrente.

El art. 58.3.b) de la Ley Jurisdiccional establece que el plazo de 2 meses para interponer el recurso contencioso-administrativo cuando no proceda la

notificación personal debe contarse desde el día siguiente al de la última publicación oficial del acto o disposición. Ahora bien, cuando se trata –como en este caso- de disposiciones generales emanadas de órganos del Estado, es el texto publicado en el B.O.E. el que tiene la consideración de <<oficial y auténtico>> (arts. 3.1.a) y 4.1 Real Decreto 1511/1986 de 6 de junio) y su publicación conforme al art. 2.1 Cc, 132 LPA y 29 LRJAE, hace efectivo el principio de publicidad normativa consagrado en el art. 9.3 CE.

La publicación del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, no tiene otro alcance que el de mera transcripción del BOE, con la sola finalidad de facilitar y extender su conocimiento, sin que el texto publicado en aquel periódico tenga la consideración de auténtico, como puede inferirse confrontando los apartados 1 y 2 de la Orden del Ministerio de Defensa núm. 2/1985, de 15 de enero.

La solución que propugna el recurrente introduce un factor de inseguridad jurídica y una desigualdad en la aplicación de la Ley- del art. 58 LJ-, haciendo depender el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo de una publicación posterior a la que tiene lugar en el BOE, que es la única que se tiene en cuenta para el común de los ciudadanos. Por eso el art. 2º.2 de la Orden 2/1985, de 15 de enero, sólo vincula el cómputo de los plazos y términos a partir de la publicación en el B.O.M.D., cuando se trate de disposiciones generales del Ministerio de Defensa, que además no aparezcan en el B.O.E., lo que no es el caso.”

Del conjunto de las Resoluciones judiciales citadas puede extraerse por lo tanto la doctrina jurisprudencial, según la cual, el plazo de 2 meses para interponer el recurso contencioso-administrativo cuando no proceda la notificación personal que establecía el artículo 58.3.b) LJCA, debía contarse desde el día siguiente al de la última publicación oficial del acto o disposición.

Y precisamente cuanto se trata de disposiciones generales emanadas de órganos del Estado como los Reales Decretos reglamentarios es el texto publicado en el B.O.E. el que tiene la consideración de <<oficial y auténtico>> y su publicación hace efectivo el principio de publicidad normativa consagrado en el art. 9.3 CE.

La publicación en el Boletín Oficial de un Ministerio sólo vinculaba a las disposiciones generales que eran de dicho Ministerio a los efectos del cómputo de plazos y términos cuando no fueran publicadas en el B.O.E, lo que excluye en todo caso a los Reales Decretos.

b’.- Supuestos en los que no concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA.

Las dos Resoluciones del Tribunal Supremo que seguidamente analizo no estiman la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA en recursos directos contra reglamentos limitándose a la aplicación al caso de la referida causa de inadmisibilidad. Ello no obstante, expongo la esencia del argumento judicial en ellas sostenido porque ambas Sentencias ponen de manifiesto la íntima conexión existente entre la causa de inadmisibilidad del artículo 82.f) LJCA y los artículos 57 y 58 LJCA relativos a la necesidad del cumplimiento por el actor tanto de las formalidades documentales precisas para aseverar la pretensión que se formula en el escrito inicial del recurso como a la presentación en plazo del recurso que se interpone.

1) La Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1.992 (Ar. 2.342. Ponente: A. A. LLORENTE CALAMA), F.J. 2, manifiesta que en relación con el recurso interpuesto no concurre la causa del artículo 82.f) LJCA [*<<haberse presentado el escrito inicial en forma defectuosa>>*] en relación con el artículo 57.2.d) LJCA [*al escrito inicial del recurso contencioso-administrativo <<se acompañará el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan las Corporaciones o Instituciones en sus leyes respectivas>>*] porque ni la Ley de Asociaciones 191/1.964 de 24 de diciembre ni la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios exige formalidad especial alguna para recurrir.

2) La Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1.994 (Ar. 5.250. Ponente: E. ESCUSOL BARRA), F.J. 1, por su parte, declara que en relación con el recurso interpuesto no concurre la indicada causa de inadmisibilidad [*interposición extemporánea del recurso*]. El recurso no fue interpuesto fuera de plazo porque al ser un recurso indirecto contra una disposición general es aplicable el artículo 39.2 LJCA y no el 58 de la Ley Jurisdiccional.

g.- Artículo 82.g) LJCA, “que al formalizar la demanda no se hubieren cumplido los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69”.

Finalmente, dentro del presente examen de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo relativa a las causas de inadmisibilidad contempladas en el artículo 82.g) LJ de 1.956 en la impugnación de Reales Decretos reglamentarios, cabe destacar la Sentencia de

la Sección 3ª, de 15 de enero de 1.993 (Ar. 391. Ponente: A. GALÁN MENÉNDEZ). Dicha Sentencia, en su F.J. 3, declara que en el caso examinado no concurre causa de inadmisibilidad del artículo 82.g) LJCA ya que a pesar de que la argumentación jurídica de la demanda se incluye bajo la rúbrica <<Hechos>> lo cierto es que cumple con el artículo 69.1 LJCA a la luz del antiformalismo exigible en las apreciaciones de los Tribunales de Justicia, conforme a los artículos 11.3 LOPJ y 24.1 CE.

Y esta última Resolución judicial constituye, precisamente, una buena muestra del significado profundo que cabe atribuir al conjunto de las declaraciones judiciales relativas a las distintas causas de inadmisibilidad reguladas en el antiguo artículo 82 LJCA. En efecto, la exposición realizada de la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo existente en relación con las causas de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnan directamente reglamentos del Consejo de Ministros muestra una interpretación judicial favorable a la aplicación del principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los litigantes, consagrado en el artículo 24.1 CE. Se trata de evitar cualquier situación de indefensión de las partes, derivada de una interpretación rigorista de los requisitos contenidos en el artículo 82 LJCA. A este respecto, cabe citar las siguientes reglas jurisprudenciales: 1) la ampliación del concepto de legitimación activa en relación con las disposiciones generales para incluir en el mismo, cualquiera que fuera la clase de norma recurrida, los intereses legítimos y los intereses difusos; 2) la subsanabilidad de las faltas de acreditación de la capacidad y la representación procesal de las partes en aplicación del principio <<*favor actionis*>> (v.gr., falta de aportación de

acuerdo del órgano competente para recurrir y de los estatutos de la persona jurídica recurrente, o del poder general para pleitos); 3) la subsanabilidad y posterior derogación del requisito de la comunicación previa al órgano que dictó la disposición impugnada; 4) la eliminación de los ámbitos materiales exentos de control judicial previstos en el derogado artículo 40.f) LJCA; 5) la interpretación flexible de la excepción de previa interposición del recurso de reposición, que fue seguida de la posterior derogación de la exigencia de dicho recurso administrativo; y finalmente, 6) la interpretación de las exigencias de forma del artículo 82.f) y g) a la luz del antiformalismo exigible en las apreciaciones de los Tribunales de Justicia, conforme a los artículos 11.3 LOPJ y 24.1 CE.

5.- EL RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS APROBADOS POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

A.- Los límites del examen realizado en el presente apartado.

El recurso directo constituye el procedimiento ordinario de control de los Reales Decretos reglamentarios establecido en el sistema judicial español. Hasta tal punto es así, que se configura como una variante del recurso contencioso-administrativo en primera o única instancia regulado con carácter general en el Título IV de la Ley de la Jurisdicción 29/1.998 de 13 de julio. De hecho, la mayoría de los artículos del referido Título IV relativos a la tramitación del procedimiento le son directamente aplicables, así como los regulados en los Títulos precedentes relativos al ámbito y competencia de los

Tribunales, la partes del proceso y el objeto. Y, como consecuencia de lo anterior, en el examen del recurso directo contra reglamentos aprobados por el Gobierno he de hacer dos advertencias de especial relevancia que atañen al contenido del apartado que sigue a continuación:

a) Omiso el análisis de toda la problemática jurídica que pudiera generar la tramitación de los recursos directos con carácter previo a su resolución mediante sentencia. Y ello porque su estudio se identifica plenamente con el examen de la problemática general de la tramitación del recurso contencioso-administrativo ordinario con todas y cada una de las fases que habitualmente comporta (interposición del recuso y reclamación del expediente, emplazamiento de los demandados y admisión del recurso, fase de alegaciones, prueba, vista y conclusiones). Dicho planteamiento considero que carece de todo sentido en un estudio específico sobre la potestad reglamentaria del Gobierno y su control jurisdiccional pues supone una desviación del objeto de la tesis para abordar una cuestión de derecho procesal-administrativo de carácter general. La doctrina científica así lo ha entendido unánimemente al abordar el estudio del control jurisdiccional de los reglamentos sin que, por otra parte, la jurisprudencia pueda aportar nada sustancial al respecto.

b) Algunas de las cuestiones jurídicas conexas que plantea el referido recurso directo contra Reales Decretos reglamentarios como la legitimación activa, la admisibilidad de los recursos, o el alcance de las sentencias declarativas de nulidad de los reglamentos del Gobierno son abordadas en profundidad en otros apartados del presente Capítulo.

Además, el Capítulo XII ofrece una visión general de la ejecución de sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo declarativas de nulidad de pleno

derecho recaídas en el recurso directo. Y ello debido al escaso número de sentencias dictadas con ocasión de un recurso indirecto o de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra las normas del Gobierno. Por consiguiente, los resultados obtenidos con carácter general son en buena medida indicativos de la actividad de ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad recaídas en recursos directos contra Reales Decretos reglamentarios.

Por último, el apéndice documental que se añade al final de la investigación refleja los resultados de un estudio cuantitativo llevado a cabo tanto sobre el recurso directo como indirecto contra Reales Decretos reglamentarios resuelto por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en relación con el sentido de las sentencias dictadas, las materias sobre las que versan y las cuestiones jurídicas más relevantes tratadas en las mismas.

Así pues, en el presente apartado, en virtud de las razones expuestas, me voy centrar en el examen de las especialidades procedimentales que la doctrina y la jurisprudencia actual contemplan en la regulación del recurso contencioso-administrativo dirigido contra las normas del Gobierno. Y ello sin perjuicio de realizar unas consideraciones finales de conjunto sobre la práctica jurídica que se deriva del régimen legal de este tipo de recurso.

B.- Idea general.

Las reglas de competencia previstas en los artículos 8 a 12 LJ determinan que la Sala 3ª del Tribunal Supremo conozca en única instancia del control directo de los Reales Decretos reglamentarios (artículo 12.1.a) LJ),

a diferencia de las Ordenes Ministeriales cuyo control directo corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 11.1.a) LJ) o los Decretos de los Ejecutivos autonómicos que se atribuyen a la Sala competente de los respectivos Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas (10.1.a) LJ). Pues bien, dicha atribución competencial exclusiva a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha permitido a quien redacta las presentes líneas realizar un estudio en profundidad del régimen jurídico de los reglamentos del Gobierno, precisamente a partir de las sentencias recaídas con motivo de los recursos directos en los que se impugnan Reales Decretos reglamentarios, lo que evidentemente constituye una de las posibles <<cualidades>> a valorar en el presente trabajo.

Por otra parte, centrándome ya propiamente en el estudio del recurso directo contra los reglamentos del Gobierno, he de señalar que el artículo 25 de la LJ dispone que el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones administrativas de carácter general. Por consiguiente, la denominada impugnación directa contra reglamentos no es sino aplicación del proceso ordinario establecido en la Ley de la Jurisdicción para verificar la conformidad al Ordenamiento jurídico de las disposiciones generales si bien existen especialidades procedimentales que detallo más adelante. Constituye, en efecto, el procedimiento ordinario previsto por la Ley de la Jurisdicción para el control de los reglamentos del Gobierno lo que se traduce en una mayor impugnación de tales normas por esta vía que por la del recurso indirecto que analizo en el apartado siguiente³⁷.

³⁷ El examen de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha alcanzado un total de 280 Sentencias dictadas con ocasión recursos directos contra Reales Decretos reglamentarios en el periodo 1.988-2.002. De las mismas, 136 son estimatorias, 135 desestimatorias y 9 declaran la inadmisibilidad de la pretensión

El recurso directo contra reglamentos en la esfera de la Administración del Estado no se admitió hasta la LJCA de 27 de diciembre de 1.956. Ello no obstante, ya la legislación de régimen local durante la dictadura del General Primo de Rivera había admitido la impugnación de Ordenanzas en materia fiscal. Posteriormente, el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1.950 admitió la impugnación directa de los reglamentos municipales. Así, al publicarse el Texto refundido de la LJ de 1.952 se añadió un párrafo segundo al artículo 3, en el que se establecía la posibilidad de interponer recurso contra las Ordenanzas municipales que tuvieran carácter restrictivo. A dicho precepto, además, había que añadir la posibilidad de recurrir las Ordenanzas provinciales dictadas en materia de exacciones.

La Ley de la Jurisdicción de 1.956, por lo tanto, reguló por primera vez la impugnación directa de disposiciones generales dictadas por la Administración del Estado. Sin embargo, respecto de su legitimación activa estableció una importante limitación general, ya que si el reglamento no hubiese de ser cumplido directamente por los administrados sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual (supuesto contemplado en el artículo 39.3 LJCA), se sometía al régimen especial establecido en el artículo 28.1.b) LJ, según el cual, únicamente se reconocía legitimación a <<las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas Entidades ostentaren la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos>>. Mientras que, en otro caso, regía con anterioridad a la Constitución, la legitimación activa general del artículo 28.1.a) LJ consistente en tener un interés directo en la impugnación de la

formulada. En contraste, los recursos indirectos contra Reales Decretos reglamentarios resueltos por la misma Sala 3ª, en idéntico periodo, sólo alcanza un total de 49 sentencias.

disposición general, posteriormente sustituida por el concepto de interés legítimo.

Finalmente, conviene destacar en este epígrafe introductorio, que el periodo para recurrir es el establecido con carácter general en el artículo 46 LJ que fija un plazo preclusivo de dos meses. Ello no obstante, como señala E. PUJALTE CLARIANA³⁸, se ha cuestionado la inexistencia de un plazo específico para recurrir, partiendo de la doctrina de que la nulidad de las disposiciones generales es siempre de pleno derecho. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, viene reiterando que el recurso contra disposiciones generales está, asimismo, sometido al plazo de dos meses que establece la Ley (v.gr., la Sentencia de 11 de noviembre de 1.994 y el Auto de 10 de abril de 1.996).

C.- Objeto del recurso directo.

El estudio del objeto del <<recurso contencioso-administrativo>> supone enjuiciar si la disposición general incurre en la infracción de una norma de superior rango determinante de su nulidad (artículo 62.2 LRJAPYAC). El fundamento del recurso se apoya, en definitiva, en la alegación de una violación por la norma reglamentaria de cualquiera de los límites tanto formales como sustantivos de los reglamentos que he examinado dentro del presente Capítulo.

³⁸ E. PUJALTE CLARIANA, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Coordinador M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El objeto del recurso (Arts. 25 a 42)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 239. En el mismo sentido, se pronuncia J. BERMEJO VERA, *La <<relativización>> del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1.978)*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, p. 543.

A este respecto, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo declara reiteradamente en la jurisprudencia objeto de la presente investigación que el recurso directo contra disposiciones reglamentarias es un medio enérgico de control jurisdiccional que mira, fundamentalmente, al interés de la Ley (Sentencias de 30 de marzo de 1.992, Ar. 3.236, F.J. 1; 11 de junio de 1.991, Ar. 4.874/1.992, F.J. 3; 18 de marzo de 1.993, Ar. 1.772, F.J. 1; 5 de diciembre de 1.996, Ar. 9.526, F.J. 1; 1 de octubre de 1.997, Ar. 7.789, F.J. 4). Así, el reglamento se compara con la Constitución y la jurisprudencia de conformidad con el artículo 1.6 Cc y el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE (Sentencias de 11 de junio de 1.991, Ar. 4.874/1.992, F.J. 3; y 11 de diciembre de 1.991, Ar. 9.369, F.J. 1).

Dentro de la jurisprudencia examinada, cabe destacar, en concreto, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.988 (Ar. 1.446. Ponente: M. GARAYO SÁNCHEZ), F.J. 6, que declara en cuanto al objeto del recurso directo contra reglamentos:

“Según la doctrina jurisprudencial [SSTS de 16 de mayo de 1.983, 15 de junio de 1.984 y 29 de junio de 1.987] el debate procesal en esta clase de recursos directos viene objetivamente limitado al examen de la legalidad material sobre si se ha respetado el principio de legalidad y jerarquía normativa, es decir, si las Disposiciones impugnadas infringen o contradicen preceptos de superior rango que la Administración está obligada a respetar en el ejercicio de su potestad reglamentaria.”

Y en consecuencia, no podrán ser objeto de un recurso directo contra disposiciones generales pretensiones como, por ejemplo, la de declaración de

la subsistencia de derechos reconocidos por norma anterior sin impugnar ni solicitar la declaración de nulidad de la norma vigente (como la aprobada mediante Real Decreto). En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1.997 (Ar. 2.499. Ponente: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS), F.J. 1.

El recurso tiene un carácter universal de modo que no existen respecto del mismo materias exentas, y ello porque, como ya indicaba E. GARCÍA DE ENTERRÍA en 1.962³⁹, en el orden de los principios ninguna podría justificarse y porque felizmente en el plano de la *iure conditio* ninguna acepta la Ley de la Jurisdicción. Lo que se fiscaliza en los reglamentos no es tanto su materia, como (eventualmente a través de ella) la potestad reglamentaria de la Administración en cuanto tal potestad cuyos límites (sustanciales, formales y procedimentales) son siempre regulados por el Derecho Administrativo. Si el Reglamento Hipotecario infringe o no la Ley no es cuestión de Derecho Hipotecario, sino de Derecho Administrativo.

Asimismo, ha de destacarse que en relación con el objeto material de este recurso existe una interdicción de la impugnación indirecta de leyes. En efecto, como destaca E. PUJALTE CLARIANA⁴⁰, cuando una disposición reglamentaria contiene normas que son exacta reproducción de la ley que desarrolla o complementa, tales normas del reglamento no son impugnables, ya que, en otro caso, se daría paso a una impugnación indirecta de la ley, que no está permitida (v.gr., entre otras, la Sentencia de 22 de enero de 1.993).

³⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Revista de administración Pública, número 38, mayo-agosto, 1.962, p. 202.

⁴⁰ E. PUJALTE CLARIANA, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El objeto del recurso (Arts. 25 a 42)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 239.

D.- La tramitación del recurso directo.

La tramitación del recurso, como ya he advertido al comienzo de este apartado, es la misma que la establecida con carácter general para el procedimiento ordinario en la LJCA, artículos 45 a 65. En la Ley Jurisdiccional existen, sin embargo, una serie de medidas procedimentales aplicables al caso de que se impugne directamente una disposición general (v.gr., aprobada mediante Real Decreto) que, como puso de manifiesto J. LEGUINA VILLA en relación con el texto del Anteproyecto de 1.995⁴¹, permiten imprimir una mayor celeridad al proceso y alcanzar una rápida solución a la controversia. A este respecto puedo citar:

1) El recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse no sólo mediante el escrito de interposición sino también mediante demanda en que se razonará su disconformidad a Derecho (artículo 45.5 LJ).

2) Cuando el recurso contra la disposición se hubiere iniciado por demanda, el Tribunal podrá recabar, de oficio o a petición del actor, el expediente de elaboración. Recibido el expediente se pondrá de manifiesto a las partes por cinco días para que formulen alegaciones (artículo 48.5 LJ).

⁴¹ J. LEGUINA VILLA, *La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: planteamiento general*, (conferencia pronunciada en Barcelona el día 16 de mayo de 1.995, en el <<Seminario sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa>>, organizado por el *Institut d' Estudis Autonomics*), Poder Judicial, número 39, septiembre, 1.995, p. 226.

3) El Juzgado o Tribunal sólo acordará la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes (artículo 62.3 LJ).

4) Los recursos directos contra reglamentos como los dictados por el Gobierno, conforme dispone el artículo 66 LJ, gozarán de preferencia en su tramitación sobre cualquier otro recurso contencioso-administrativo, salvo aquéllos que deriven del proceso especial de protección de derechos fundamentales regulado en los artículos 114 a 122 LJ. Por lo tanto, dicha preferencia alcanza tanto a los procesos ordinarios, cualquiera que sea su objeto material, como a los que se sustancien por los trámites del procedimiento abreviado⁴².

E.- Efectos del recurso directo.

La sentencia estimatoria declarará la nulidad de la disposición general o, en su caso, la nulidad de actuaciones, en el supuesto de que se hubiese incurrido en la infracción de un trámite en el procedimiento de elaboración de la norma, retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior al del trámite infringido.

Una vez adquirida firmeza la sentencia, los efectos serán los generales desde el día en que sea publicado su texto íntegro en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada, según dispone el artículo

⁴² F. GARRIDO FALLA, *Actividad Administrativa Impugnable*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 262.

71.2 LJ. Constituyendo éste un precepto que garantiza el conocimiento de la resolución judicial por todos los destinatarios de la norma declarada nula total o parcialmente, coherente con el principio de publicidad de las normas recogido en el artículo 9.3 CE⁴³.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁴⁴ observa una tendencia jurisprudencial favorable a la potestad de sustitución siempre que el acto o disposición objeto del recurso contencioso-administrativo se hubiese dictado en el ejercicio de potestades regladas e incluso cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales. El artículo 71.2 de la vigente LJ, sin embargo, establece terminantemente que <<los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen>>. Por consiguiente, entiende que dicha redacción supone un paso atrás en la doctrina jurisprudencial que había llegado a reconocer la posibilidad de que la sentencia controlara la discrecionalidad administrativa y llegara a fijar la forma en que debían quedar redactadas las determinaciones normativas sobre todo en materia urbanística.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁵, por el contrario, entiende que la determinación judicial de la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados de un reglamento sería inconstitucional por contrario al artículo 24.1 CE, puesto que la determinación de qué es lo mejor en cada momento histórico constituye una decisión política que no corresponde a los

⁴³ A. PÉREZ MORENO, *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, <<recurso contra reglamentos>>, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 140-141.

⁴⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Vol. I (Ley 29/1.998, de 13 de julio) Vol. I*, Editorial Cívitas, 4ª edición, Madrid, 2.003, pp. 711-712.

⁴⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, 1.997, pp. 71-72.

Jueces. Éstos no responden ante el pueblo sino que se encuentran únicamente sometidos al imperio del Derecho.

Ha de tenerse en cuenta, además, en esta cuestión lo dispuesto en el artículo 73 LJ que regula los efectos propios de las sentencias firmes que anulen el precepto de una disposición general y que son objeto de examen dentro del presente Capítulo en un apartado específico. En todo caso, conviene señalar que dicho artículo establece que tales sentencias no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la reducción o exclusión de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

Finalmente autores como M. REBOLLO PUIG, J.J. INIESTA DELGADO y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN⁴⁶ ponen de manifiesto cual es el significado profundo del recurso directo contra los reglamentos, en el presente estudio referido a los Reales Decretos reglamentarios, en relación con el recurso indirecto o la cuestión de ilegalidad contra los mismos reglamentos. A este respecto, recuerdan que el artículo 26 LJ establece que la desestimación del recurso directo contra un reglamento no impide la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad de la misma disposición general. La regla es equivalente a la del artículo 39.4 de la anterior Ley pero ahora adquiere una nueva dimensión ya que en el recurso indirecto es posible con la nueva Legislación una declaración general de nulidad del reglamento (artículo 27.2 y 3 LJ). En consecuencia, en la nueva Ley el recurso indirecto supone un

⁴⁶ M. REBOLLO PUIG, *Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad*, Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo. Número Extraordinario, 1.999, pp. 23 y 24. J.J. INIESTA DELGADO y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 19, mayo-agosto, 2.000, p. 159.

nuevo y pleno enjuiciamiento de la norma que puede ser eliminada del Ordenamiento, con lo que se produce una excepción clara al efecto de cosa juzgada material.

Pero lo novedoso de la regla del artículo 26.2 LJ radica en que de la misma se deriva que no concurre el efecto de cosa juzgada incluso para quien interpuso el recurso directo desestimado. Para los que no fueran partes en el proceso, los efectos de la sentencia desestimatoria no le alcanzan en virtud de lo dispuesto en el artículo 72.1 LJ (“la sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes”). Y con la regla del artículo 26.2 LJ tampoco afecta al actor de un previo recurso directo contra el reglamento impugnado por vía indirecta. Así, el anterior recurrente podrá interponer el recurso indirecto sin que se le pueda oponer la cosa juzgada ni en su efecto preclusivo -imposibilidad de iniciar un nuevo proceso- porque no existe identidad de objeto (en el recurso directo la pretensión se concreta en la nulidad del reglamento mientras en el indirecto en la nulidad del acto) ni tampoco en su efecto prejudicial—imposibilidad de establecer premisas contrarias a lo fallado anteriormente- por imperativo legal.

La razón de ser de la nueva regla se encuentra en la necesidad de incrementar las posibilidades de impugnabilidad de los reglamentos como los del Gobierno que permita depurar el Ordenamiento jurídico de aquellas normas contrarias a Derecho teniendo en cuenta su eficacia general y su vigencia indefinida en el tiempo. Razonamiento íntimamente ligado al régimen de nulidad de pleno derecho propio de la norma reglamentaria. Y este argumento adquiere la mayor relevancia tratándose de disposiciones aprobadas por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto que se

configuran como los reglamentos de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico.

F.- Consideraciones finales en relación con el recurso directo contra Reales Decretos reglamentarios.

El recurso directo en relación con los Reales Decretos se ha configurado, durante los casi cincuenta años de su vigencia, como la vía jurisdiccional preferente prevista en el sistema español contencioso-administrativo para el control de la potestad reglamentaria del Gobierno. En realidad, hasta la promulgación de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1.998 fue la única vía admitida en el régimen contencioso para obtener la declaración de nulidad de la norma del Gobierno con la salvedad de los escasos recursos especiales tramitados por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que impugnaban tales disposiciones.

La operatividad del recurso directo contra los reglamentos aprobados por Real Decreto entiendo que ha estado, no obstante, tradicionalmente mermada por varias restricciones impuestas por la Ley de la Jurisdicción que impedían una utilización más abundante del proceso regulado como ordinario:

1.- La restricción establecida en cuanto a la legitimación activa para interponerlo regulada en el antiguo artículo 28.1.a) y b) LJ, vista en el apartado correspondiente de este mismo Capítulo, y que en la actualidad ha sido

superada en virtud de la evolución doctrinal y jurisprudencial exigida por el artículo 24.1 CE. Ello ha permitido la apertura del recurso analizado a la totalidad de los sujetos de derecho que ostenten un derecho subjetivo o un interés legítimo en relación con la norma publicada lo que estimo que, además de cumplir las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, extiende la responsabilidad sobre el control de las normas al conjunto de los sujetos de derecho existentes en nuestro Ordenamiento jurídico, ya sean personas físicas o jurídicas. El ciudadano, de esta manera, se convierte en garante de la constitucionalidad y la legalidad de las normas del Ejecutivo.

2.-El plazo para la interposición del recurso que es el general de 2 meses establecido en el antiguo artículo 58.1 LJ y que en la actualidad recoge el artículo 46.1 LJ. La regla en sí misma es expresiva del carácter que tiene el recurso directo contra reglamentos de variante del recurso ordinario contencioso-administrativo establecido en la Ley de la Jurisdicción con carácter general (artículos 45 a 77 LJ) por razón de su objeto material.

Sin embargo, la trascendencia del referido plazo en relación con la efectividad de la impugnación de normas reglamentarias del Gobierno considero que es notable. En este sentido, resultan evidentes las dificultades que la mayoría de los sujetos afectados por la publicación de uno de los numerosos Reales Decretos reglamentarios aprobados anualmente tienen para su efectivo conocimiento. Además, el plazo de interposición del recurso ha de ponerse igualmente en conexión tanto con la ingente cantidad de actos y normas publicadas diariamente en el Boletín Oficial del Estado como con su complejidad, que aumenta si se tiene en cuenta el carácter de legos en Derecho que tienen la inmensa mayoría de los destinatarios. Pues bien es, desde esta

perspectiva, como se comprenden mejor las siguientes consecuencias que anudo a la restricción temporal establecida para el inicio del recurso directo :

a) Los interesados en la norma carecen del tiempo suficiente para analizarla con rigor, verificar su posible legalidad y articular, en caso contrario, el correspondiente recurso. Con ello se disminuye ciertamente la litigiosidad en torno a los Reales Decretos reglamentarios pero también decrecen las posibilidades reales de depurar dichas disposiciones de los eventuales vicios de nulidad de que adolecieran.

b) Las Administraciones públicas, las corporaciones de Derecho público, principalmente los colegios profesionales, y las asociaciones legalmente constituidas afectadas por la norma en vigor son las que mayoritariamente asumen la condición de actores en el recurso directo como se deduce de la jurisprudencia analizada. Y ello es así porque, en la actualidad, difícilmente una persona física carente de estudios en Derecho dispone de los recursos técnicos y jurídicos suficientes para analizar con acierto una disposición general sin que, por otro lado, la mayoría de los particulares tengan capacidad económica suficiente para afrontar con habitualidad la impugnación de tales normas desligada de cualquier acto de aplicación que afecte a sus derechos e intereses legítimos. La relevancia de este dato determina que el recurso directo contra reglamentos aprobados por Real Decreto sea en la práctica un recurso ejercido por personas jurídicas con lo que si bien existe, desde el punto de vista jurídico, un cambio trascendental respecto del régimen legal precedente en la ampliación de la legitimación activa, la eficacia de tal regla en la práctica se ve muy mermada.

La conclusión que obtengo de los anteriores razonamientos es la de que el recurso directo por sí mismo resulta insuficiente para cumplir su misión de cauce de control jurisdiccional preferente para la impugnación de los Reales Decretos reglamentarios. Precisa por ello de otra vía subsidiaria de control de la legalidad de las disposiciones del Gobierno para que, una vez transcurrido el plazo ordinario de 2 meses para interponerlo, sea posible su impugnación directa. Y tal mecanismo entiendo que no es otro que el de la admisión sin reservas, por la ley y por la jurisprudencia, de la acción de nulidad al particular derivada de la desestimación en vía administrativa de la revisión de oficio de un Real Decreto normativo.

6.- EL RECURSO INDIRECTO CONTRA LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

Las advertencias previas realizadas con ocasión del recurso directo, en relación con el examen que de determinadas cuestiones jurídicas relativas a dicho recurso se hace en otros apartados de este capítulo, son igualmente válidas para el recurso indirecto respecto de las causas de inadmisibilidad del mismo y el carácter de la sentencia que declare la nulidad total o parcial del Real Decreto reglamentario indirectamente recurrido. Asimismo, resulta interesante la lectura del estudio que se contiene al final de la presente investigación (en el apéndice documental) en el que se especifica el sentido de las sentencias dictadas y la materia sobre las que versan los recursos indirectos contra Reales Decretos reglamentarios y, con carácter general, las cuestiones

jurídicas más relevantes planteadas en el conjunto de las sentencias examinadas.

A.- El recurso contra actos que apliquen un reglamento ilegal.

El recurso contencioso-administrativo indirecto contra reglamentos viene regulado en el artículo 26.1 LJ al establecer que <<también es admisible (la impugnación) de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas (disposiciones de carácter general), fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho>>⁴⁷. Esta posibilidad estaba ya admitida en el artículo 39.2 de la anterior LJ de 1.956 y previamente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1.888, reformada en 1.894. En efecto, a pesar de que la Ley Santamaría de Paredes de 1.888 únicamente admitió en su artículo 1º el recurso contencioso-administrativo respecto de las resoluciones administrativas, el artículo 3º reguló el denominado recurso indirecto contra reglamentos⁴⁸.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁴⁹ afirma que la doctrina de finales del siglo XIX (por ejemplo MANRESA) vio con buenos ojos el precepto legal. No obstante, la doctrina posterior censuró el precepto al no admitir un verdadero recurso directo y configurarse más propiamente como una excepción de ilegalidad. En concreto, cita a ÁLVAREZ TABIO quien criticaba la sujeción del recurso al

⁴⁷ En la presente investigación, he examinado un total de 49 Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que resuelven recursos indirectos dirigidos contra Reales Decretos reglamentarios. Del total de resoluciones judiciales, 16 son estimatorias y 33 desestimatorias de la pretensión de la parte actora.

⁴⁸ El artículo 3º de la Ley de 13 de septiembre de 1.888 estableció que <<El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos de los particulares establecidos o reconocidos por una Ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la Ley en la que se originaron aquellos derechos>>.

⁴⁹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 706.

corto plazo de impugnación del acto así como la falta de competencia del Tribunal para anular la disposición general contraria a las leyes.

Las críticas vertidas por la doctrina con motivo de la posterior regulación que del recurso indirecto hizo el artículo 39.2 LJ continuaron siendo del mismo tenor. Así, sirva como ejemplo, el juicio de J. MESEGUER YEBRA⁵⁰ sobre la aplicación de la regulación contenida en la Ley de 27 de diciembre de 1.956 que determinaba un efecto limitado de las sentencias recaídas en este tipo de recursos, de modo que el fallo tan sólo podía alcanzar al acto aplicativo de la disposición, pero no a ésta. En concreto, afirma:

“De esta manera, se llegaba a situaciones verdaderamente <<sangrantes>> cuando, siendo evidente la ilegalidad de la norma examinada, la sentencia sólo anulaba el acto que la aplicaba, permitiendo así que la disposición controvertida pudiera seguir amparando sucesivos actos viciados. Algunos casos fueron especialmente polémicos al tratarse de disposiciones cuyo ámbito subjetivo de aplicación era muy extenso, lo que contribuyó a convertir en <<popular>> esta disfunción procesal, incluso, no se puede negar que alguno de los supuestos sirviera de detonante de las modificaciones más recientes. Así sucedió con la tipificación de infracciones administrativas en las ordenanzas municipales que regulaban el aparcamiento de vehículos en las vías públicas [*la conocida O.R.A.*].”

Volviendo a la regulación que hace de dicho recurso la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio, ha de señalarse que la Exposición de Motivos en su apartado V define los objetivos de la reforma realizada en relación con el recurso indirecto pudiendo concretarse los mismos en las tres siguientes proposiciones:

⁵⁰ J. MESEGUER YEBRA, *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Editorial Bosch, 2.001, pp. 7-8.

1) Procurar que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas (economía procesal y seguridad jurídica).

2) Delimitar los efectos de esta clase de recursos cuando la norma que aplica el acto impugnado es considerada contraria a Derecho.

3) Evitar las situaciones de desigualdad jurídica e inseguridad manifiesta generadas por el control difuso que se ejerce a través de este tipo de recurso. A este respecto, la solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer el recurso directo contra ellas (lo que permite hacer efectivos los principios de igualdad y seguridad jurídica).

Por otra parte, para que se produzca el supuesto contemplado en el artículo 26.1 LJ es preciso que exista una disconformidad entre el precepto aplicado y una disposición de rango superior, por lo que el precepto tachado de ilegal debe tener su reflejo en el acto individual de aplicación, no siendo posible, en cambio, que a través del recurso indirecto se ataque un precepto que no tiene ninguna relación con la norma de rango superior que indirectamente se ataca.

F. GARRIDO FALLA⁵¹ entiende que la regulación del recurso indirecto contenida en la vigente Ley de la Jurisdicción sólo puede ser calificada como parcialmente satisfactoria, pues resulta incongruente con lo que la propia Ley establece en relación con quien es la parte demandada. En efecto, el artículo 21.3 de la Ley dice que <<si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida>>. Sin embargo, quien redacta estas líneas estima que en el supuesto de que *se impugne, por ejemplo, una Orden Ministerial basándose en la no conformidad a Derecho de un Real Decreto*, el posible problema quedaría salvado dada la personalidad jurídica única con que actúan cada una de las Administraciones públicas pues en el recurso que se interpusiera comparecería en defensa de las disposiciones recurridas la Administración General del Estado siendo representada y defendida por la Abogacía del Estado. El precepto, por lo tanto, considero que se dirige exclusivamente a los supuestos en los que el acto de aplicación del Real Decreto reglamentario procede de una Administración pública distinta de la del Estado.

Con todo, en relación con el supuesto planteado por el artículo 21.3 LJ, entiende el citado autor que se plantea un problema práctico de notable envergadura, a saber: el Órgano jurisdiccional competente para fiscalizar las actuaciones ministeriales es la Audiencia Nacional, mientras que los acuerdos y disposiciones del Consejo de Ministros son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Así el autor se pregunta:

⁵¹ F. GARRIDO FALLA, *Actividad administrativa impugnabile*, Revista Española de Derecho Administrativo número 100, octubre-diciembre, 1.998, pp. 262 y 263. Vid. también, en el mismo sentido, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. III*, 1ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.001 (reimpresión del 2.002), p. 299. Volumen realizado con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA y H. LOSADA GONZÁLEZ.

¿ante qué órgano se plantearía el recurso? Es obvio reconocer la *vis atractiva del órgano superior*, en cuyo caso sobra, literalmente hablando, todo el mecanismo de la cuestión ilegalidad anteriormente referido. Basta con que en estos supuestos se declare la competencia del órgano jurisdiccional que debe conocer de la supuesta ilegalidad de la disposición que sirve de cobertura al concreto acto administrativo impugnado. Al fin y al cabo, esta es la técnica del <<*recurso per saltum*>> que se introdujo en el artículo 113.2 de la LPA de 1.958 y que recoge el artículo 107.3 de la Ley 30/1.992.

R. ALONSO GARCÍA⁵², por su parte, advierte que el mero empleo del recurso *per saltum* por el interesado en la impugnación indirecta de una norma previsto en el ya citado artículo 107.3 LRJAPYAC (“los recursos contra una acto administrativo que se funden únicamente en la ilegalidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó la disposición”) permite al recurrente situar en vía administrativa el hipotético litigio contencioso-administrativo en el contexto del apartado 2º del artículo 27 LJ.

Quien desarrolla el presente trabajo doctoral entiende que el empleo anticipado en vía administrativa del recurso *per saltum* puede constituir un mecanismo jurídico efectivo para permitir al futuro litigante obtener, en un solo proceso, una sentencia declarativa de nulidad con efectos *erga omnes* del Real Decreto reglamentario que se pretende impugnar indirectamente. Y así lo han entendido ya las defensas jurídicas de la parte actora en varios recursos indirectos promovidos en relación con reglamentos del Gobierno. En este sentido, pueden citarse las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo,

⁵² R. ALONSO GARCÍA, Artículo 27, *Actividad Administrativa Impugnable*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, pp. 273-274.

Sección 2ª, de 11 de febrero del 2.000 (Ar. 2.786), y de 30 de junio del 2.000 (Ar. 4.712), que estimaron sendos recursos contencioso-administrativos promovidos contra Acuerdos del Consejo de Ministros que habían desestimado previos recursos <<per saltum>> fundados, respectivamente, en la nulidad de un Real Decreto reglamentario.

B.- El recurso directo y el recurso indirecto.

El recurso indirecto es perfectamente compatible con la impugnación directa de disposiciones generales y así lo afirma el artículo 26.2 LJ al establecer que <<la falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior>> reiterando la regla contenida en el antiguo artículo 39.4 LJ de 1.956. Dicha compatibilidad, da lugar a las siguientes modalidades de recurso:

En atención al tiempo en que se ejercen ambos recursos:

1) Pueden impugnarse conjuntamente el acto de aplicación y la normativa reglamentaria aplicada dentro del plazo de interposición del recurso directo (*ejercicio simultáneo del recurso directo e indirecto*).

2) La desestimación o la falta de impugnación de un recurso directo contra una disposición general en el breve plazo preclusivo de 2 meses desde la publicación de la norma no impide la ulterior impugnación de la misma por

vía indirecta. En este caso, no se exige, al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual, declarar formalmente recurridas las normas que aplique, como señala el apartado IV de la Exposición de Motivos de 27 de diciembre de 1.956 (*ejercicio sucesivo del recurso directo e indirecto*).

En atención al objeto material que se impugna en el recurso indirecto:

El acto aplicativo que se recurre en el recurso indirecto puede ser un reglamento dictado en desarrollo de otro, que, en tal supuesto, es el que indirectamente se ataca, como ha admitido repetidas veces la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.gr., un Real Decreto reglamentario que desarrolla una Orden ministerial). En este sentido, resulta paradigmática la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 2ª, del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1.995 (Ar. 5.429)⁵³.

Para J.M. SANTOS VIJANDE, dichas sentencias mueven especialmente a reflexión pues revelan en toda su magnitud que, para el Tribunal Supremo, el denominado recurso indirecto no es más que un tipo de motivación, tan sólo esgrimible cuando concurre algo parecido a un requisito de procedibilidad, a saber: la presencia de un acto de aplicación –sea éste una norma o un acto administrativo en sentido propio- de la disposición contraria a Derecho.

Sin embargo, quien redacta las presentes líneas entiende que dicha opinión no se corresponde con la regulación del recurso indirecto establecida

⁵³ J. M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.998, pp. 35 y 36. A este respecto, J.A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio Sistemático*, (Coordinador: Benigno Pendás García), Capítulo 14: <<Procedimiento Especial: cuestión de ilegalidad>>, Editorial Praxis, Barcelona, 1.999, p. 463, recuerda que el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propuso en varias enmiendas (69 a 71) al proyecto de LJCA finalmente aprobado el 13 de julio de 1.998, la posibilidad de prever expresamente la impugnación en cadena de normas, es decir, que con motivo del recurso directo formulado contra una norma se debatiera indirectamente sobre la validez de otra que en la misma se amparase.

tras la nueva Ley de la Jurisdicción. Así, no concuerda con la posibilidad de anulación de la disposición general en que se funda el acto aplicativo que se deduce del artículo 27.2 y 3 LJ ni con la regulación de la cuestión de ilegalidad como proceso íntimamente ligado al resultado del recurso indirecto.

C.- Objeto del proceso.

El elemento más caracterizador de este recurso lo constituye precisamente el que se configura como un recurso cuyo objeto es la anulación del acto en base a la pretendida nulidad de la norma que legitima el ejercicio de la potestad administrativa. Al Tribunal se solicita la nulidad del acto fundada en la nulidad de la norma, pero ni la pretensión ni el objeto es la declaración de nulidad de la norma⁵⁴. En principio la pretensión procesal puede concretarse en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico.

J.M. BOQUERA OLIVER⁵⁵, partiendo de la consideración de que lo impugnado es el acto y no la norma, llega a la conclusión de que la declaración del artículo 26.2 LJCA (“la falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso contra ella no impiden la impugnación de los actos de aplicación”) no es más que una fórmula dialéctica. El precepto sólo tendría valor jurídico si se pensara,

⁵⁴ En este sentido se pronuncian: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, p. 672; J. TORNOS MAS, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<Los procedimientos especiales>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 530-531; E. PUJALTE CLARIANA, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El objeto del recurso>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 242; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 230; J. MESEGUER YEBRA, *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Editorial Bosch, 2.001, pp. 14-15.

⁵⁵ J.M. BOQUERA OLIVER, *La impugnación e inaplicación de los reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 149, mayo-agosto, 1.999, p. 34.

equivocadamente, que el recurso contra el acto concreto de aplicación es también, aunque indirecto, un recurso contra la disposición.

Sin embargo, entiendo nuevamente que dicha postura olvida algunos de los caracteres que la nueva Ley Jurisdiccional otorga al recurso indirecto. El hecho de que el objeto del recurso indirecto sea el acto y no la norma no impide considerar dicho recurso como una verdadera impugnación indirecta de la norma, pues la sentencia que declare nulo el acto lo hará fundándose en la ilegalidad del reglamento, lo cual es algo más que inaplicarlo, porque supone una declaración previa que obliga al juez a iniciar la cuestión de ilegalidad. Además, en los supuestos del artículo 27.2 y 3 LJ el Tribunal sentenciador se encuentra obligado a anular la norma reglamentaria cuando estime que la misma no es conforme a Derecho.

En consecuencia, en estos dos últimos casos (que conozca del recurso indirecto contra un Real Decreto reglamentario el Tribunal competente para enjuiciarlo directamente, esto es, la Sala 3ª del Tribunal Supremo), considero que se produce una ampliación *ope legis* del objeto del proceso. En efecto, en tales casos el fallo del Tribunal puede alcanzar a declarar la nulidad de pleno derecho de la norma del Gobierno con lo que su eventual eliminación del Ordenamiento jurídico por la sentencia que se dicte pasa a formar parte ciertamente de la decisión del juzgador.

Por otra parte, M. BEATO ESPEJO⁵⁶ ha sostenido que el recurso indirecto deja sin solución el supuesto en el que, por ejemplo, respecto del presente objeto de estudio, el Tribunal contencioso-administrativo estime ilegal una

⁵⁶ M. BEATO ESPEJO, *La actividad administrativa en la Ley 29/1.998 de la jurisdicción contencioso-administrativa: la cuestión de ilegalidad un paso corto*, Revista Andaluza de Administración Pública, número 36, octubre-diciembre, 1.999, pp. 95-96.

norma del Ejecutivo en un recurso contra un acto cuyo fundamento no fue la ilegalidad de la norma. Y considera que en tal caso ni el mismo Tribunal Supremo podrá anular una disposición ilegal.

En tal hipótesis, el Tribunal competente para conocer del recurso en el que se impugna un acto administrativo estimo puede hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 33.2 LJ. De este modo, si considera que la cuestión sometida a su conocimiento (la impugnación del acto administrativo) no ha sido debidamente apreciada por la parte actora, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso (la ilegalidad del Real Decreto reglamentario) lo puede someter a conocimiento de las partes mediante Providencia por un plazo común de diez días para que formulen alegaciones. Sin embargo, en dicho supuesto es ciertamente discutible que el Tribunal contencioso pueda entender que se encuentra ante un recurso indirecto con los efectos previstos en el artículo 27 LJ pues la pretensión del actor deducida en la demanda no se fundamenta en la ilegalidad de la norma del Gobierno.

Finalmente, cabe abordar en este apartado la cuestión ampliamente discutida por la doctrina administrativa consistente en determinar si la alegación de ilegalidad de un Real Decreto reglamentario puede fundarse en la infracción de un vicio de procedimiento, entre los que cabe incluir la omisión del dictamen del Consejo de Estado prevista en el artículo 22.3 LOCE.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁵⁷ pone de manifiesto que el hecho de que el recurso indirecto se dirija contra el acto de aplicación de la disposición general no ha de ser obstáculo para que, entre los motivos que se invoquen, figuren los

⁵⁷ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. I, Editorial Cívitas, 4ª edición, Madrid, 2.003, pp. 719-720.

vicios cometidos en el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria.

Sin embargo, la jurisprudencia anterior a la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998, no lo entendió así. Y declaró reiteradamente la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de procedimiento que se hubiesen incurrido al elaborar el reglamento. En concreto, el mencionado autor cita las Sentencias de 27 de noviembre de 1.989 (Ar. 8.328), 13 de marzo de 1.990 (Ar. 2.523), 16 de julio de 1.990 (Ar. 6.157), 7 de mayo de 1.991 (Ar. 3.973), 20 de noviembre de 1.991 (8.328), 23 de enero de 1.992 (Ar. 769), 18 de junio de 1.992 (Ar. 5.290), 1 de julio de 1.992 (Ar. 6.103), 11 de mayo de 1.993 (Ar. 3.612), 23 de junio de 1.993 (Ar. 4.584), 17 de noviembre de 1.993 (Ar. 8.220), 28 de septiembre de 1.994 (Ar. 7.117) y 24 de enero de 1.997 (Ar. 2.384).

La actual redacción del artículo 26.1 LJ (<<fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho>>), permite estimar que la nueva Ley Jurisdiccional determina un cambio de orientación en la cuestión debatida que habilita para fundar el recurso indirecto contra un reglamento en la omisión o irregular cumplimiento de los trámites procedimentales. Tal solución fue propugnada durante el debate de la Ley por A. PÉREZ MORENO y en la actualidad la sostienen, por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ, M. BASSOLS COMA, y J. MESEGUER YEBRA⁵⁸.

⁵⁸ A. PÉREZ MORENO y L. COSCULLUELA MONTANER, *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, <<Recurso contra reglamentos>>, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 140 y 141; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, Editorial Cívitas, 4ª edición, Madrid, 2.003, pp. 720-722; M. BASSOLS COMA, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 790; J.

Otros autores (E. PUJALTE CLARIANA, P.L. SERRA CONTRERAS, J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO⁵⁹), sin embargo, ya desde el estudio del Anteproyecto de Ley de 1.995, mantuvieron la opinión contraria, favorable a seguir rechazando como fundamento de la impugnación indirecta de la norma los vicios apreciados en el procedimiento de elaboración. Apoyaba dicha postura la redacción que en el citado Anteproyecto tenía el artículo 25 (actual artículo 26 LJ) que empleaba la expresión <<por razón de su contenido normativo>>, luego sustituida por la ya aludida (<<fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho>>). Ello no obstante, ha de advertirse que la actual redacción del artículo 27.1 LJ utiliza la expresión <<por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada>> con lo que la mencionada opinión doctrinal sigue apoyándose, aunque parcialmente, en la redacción de los preceptos que regulan el recurso indirecto.

D.- Efectos del recurso indirecto.

En cuanto al alcance que puede atribuirse a las sentencias estimatorias del recurso indirecto han de distinguirse dos etapas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en un primer momento, mostró una postura favorable a reconocer valor invalidatorio general a los fallos estimatorios de los recursos indirectos, de manera que por esta vía también era posible obtener la

MESEGUER YEBRA, *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Editorial Bosch, 2.001, pp. 16-17.

⁵⁹ E. PUJALTE CLARIANA, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El objeto del recurso>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 242; P.L. SERRA CONTRERAS, J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *La reforma del proceso contencioso-administrativo* (Coordinador: A. PÉREZ MORENO), <<Recurso contra reglamentos>>, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 142 y 145.

anulación del reglamento ilegal. En este sentido, se pronunciaron las Sentencias de 26 de octubre de 1.967 y 29 de mayo de 1.969⁶⁰.

Posteriormente, sin embargo, se produjo un cambio jurisprudencial consistente en sostener que los fallos estimatorios de los recursos indirectos únicamente sirven a los efectos de los procesos concretos en que se producen, por lo que solamente determinan la inaplicación de la norma debatida al caso concreto. A este respecto, cabe citar las Sentencias de 21 de enero de 1.979 (Ar. 1.190), 20 de julio de 1.993 (Ar. 6.427), 31 de enero de 1.995 (Ar. 455) y 15 de febrero de 1.996 (Ar. 1.722)⁶¹.

La nueva Ley Jurisdiccional clarifica, definitivamente, el alcance de las sentencias invalidatorias de los actos fundadas en la ilegalidad de un reglamento (v.gr. de los aprobados por el Consejo de Ministros). Así, salvo en los supuestos previstos en los apartados 27. 2 y 3 LJ (competencia del Juez o Tribunal que conozca del acto para conocer del recurso directo contra la norma indirectamente impugnada o cuando el Tribunal Supremo conozca del caso), las sentencias no podrán declarar la nulidad de la disposición general estimada contraria a Derecho, debiendo el Órgano judicial, por el contrario, plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la referida disposición general (artículo 27.1 LJ).

En relación con el presente tema de estudio, la Ley de la Jurisdicción, por lo tanto, impone al Juez administrativo que considere el Real Decreto reglamentario indirectamente recurrido contrario a Derecho, o bien el planteamiento de la cuestión de ilegalidad o bien la declaración de nulidad de

⁶⁰ Sentencias citadas por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 230.

⁶¹ J. A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático*, <<Procedimiento Especial: cuestión de ilegalidad>>, Editorial Praxis, Barcelona, 1.999, p. 460.

la disposición general del Gobierno si es competente. Y en este último supuesto así como en el caso de la sentencia que eventualmente estime una cuestión de ilegalidad, entiende J. GONZÁLEZ PÉREZ⁶² que tal pronunciamiento puede suponer una contravención del principio de tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto se produciría sin haber tenido oportunidad de personarse y defender su posición en juicio todos aquéllos cuyos derechos e intereses legítimos pudieran resultar afectados por la declaración de nulidad de la norma reglamentaria.

E.- Los supuestos en los que sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad puede el Tribunal pronunciarse sobre su validez.

Los artículos 27.2 y 3 de la Ley Jurisdiccional contemplan dos supuestos en los que un Tribunal contencioso-administrativo puede pronunciarse sobre la validez de la norma indirectamente impugnada sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad con la siguiente redacción:

<<2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra el acto fundado en la ilegalidad de aquella norma>>.

⁶² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, Editorial Cívitas, 4ª edición, Madrid, 2.003, p. 723.

R. ALONSO GARCÍA⁶³ entiende que la declaración del apartado 2 del artículo 27 LJ debe producirse no sólo en el contexto de una impugnación indirecta *strictu sensu*, esto es, cuando el recurrente haya procedido a la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de la disposición de carácter general <<fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho>> (artículo 26 LJ). También debe tener vigencia cuando el órgano jurisdiccional impulse de oficio, cumpliendo con la garantía elemental de someter a las partes la posible cuestión de nulidad de la disposición general (artículo 33.2 LJ), bien a los efectos de tomar en consideración motivos susceptibles de fundamentar la solución del litigio que no hayan sido debidamente apreciados por las partes (conforme prevé el propio artículo 33.2 LJ) bien a los efectos de depurar preceptos que presenten conexión con los directamente impugnados (artículo 33.3 LJ en relación con el artículo 126.2, a su vez interpretado sistemáticamente, lo que conduce a la plena operatividad del primero, ya que debe pronunciarse el órgano jurisdiccional en el contexto de su competencia natural, en el marco de la cuestión de ilegalidad).

El número 3 del artículo 27 LJ, por su parte, determina que siempre que el Tribunal Supremo conozca de un recurso indirecto contra una disposición general cualquiera que sea la Administración pública que la dictó deberá pronunciarse sobre su validez tanto si conoce del recurso en única instancia como si lo hace en vía de recurso.

⁶³ R. ALONSO GARCÍA, Artículo 27. *Actividad Administrativa Impugnable*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 273. En el mismo sentido, se pronuncia J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 739-740, aunque mantiene que el artículo 33.3 LJ se refiere exclusivamente a los supuestos en los que se enjuicia un recurso directo. Igualmente, cabe citar a J. A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio Sistemático* (Coordinador: B. PENDÁS GARCÍA), Editorial Praxis, Barcelona, 1.999, pp. 479-480, quien alude a la posibilidad de que la apreciación de oficio de la invalidez de la norma se introduzca, a través del cauce del artículo 65 LJ, mediante providencia previa al acto de la vista o al escrito de conclusiones.

La sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general con efecto *erga omnes* mientras que la declaración sobre el acto tiene alcance *interpartes*. La declaración de validez del acto no impide, como he señalado anteriormente, la ulterior impugnación del Real Decreto reglamentario tanto directa como indirectamente.

Finalmente, J. GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁴ destaca que a la sentencia declarativa de la nulidad del reglamento parece que le serán aplicables los artículos que, sobre la eficacia de la sentencia, se establecen al regular la cuestión de ilegalidad. En consecuencia, según el artículo 72 LJ, a partir de su publicación en el diario oficial correspondiente, la declaración tendrá efectos generales, si bien atendiendo al principio de seguridad jurídica considera que dichos efectos deben producirse desde la fecha en que se da lectura en sala a la sentencia.

F.- Consideraciones finales respecto del recurso indirecto.

De todo lo expuesto en torno al régimen jurídico del recurso indirecto, entiendo que pueden extraerse las siguientes conclusiones en relación con su operatividad para el control jurisdiccional de los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros:

1) Constituye un complemento del control ejercido por el recurso directo sobre las normas del Ejecutivo ya que no se encuentra sometido al

⁶⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*(Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I y II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 740 y 1.457-1.458.

plazo preclusivo de dos meses de impugnación de la norma desde su publicación en el B.O.E.

2) En consecuencia, puede ser ejercido, como ya he señalado, de modo simultáneo o sucesivo a la impugnación directa de la norma aprobada por el Gobierno.

3) Permite obtener la declaración de nulidad de aquellos Reales Decretos reglamentarios indirectamente impugnados cuando conozca de ellos el Tribunal competente para enjuiciarlos directamente, es decir, la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

En otro caso, esto es en el supuesto del artículo 27.1 LJ, obviamente la eficacia del recurso indirecto estimatorio queda limitada a la inaplicación del reglamento del Gobierno al caso controvertido y al planteamiento de la cuestión de ilegalidad por el Tribunal *a quo*.

4) La competencia para el enjuiciamiento indirecto de los Reales Decretos reglamentarios por la Sala 3ª del Tribunal Supremo puede obtenerse en <<1ª instancia>> mediante el ya referido recurso *per saltum* del artículo 107.3 LJ que permite interponer el recurso en vía administrativa contra un acto que se funda en la nulidad de alguna disposición administrativa ante el órgano que dictó dicha disposición (v.gr. el Consejo de Ministros).

5) Lo anterior supone convertir el <<recurso indirecto ante el Tribunal Supremo>> contemplado en el artículo 27.3 LJ en vía procedimental preferente para la impugnación y eventual declaración de nulidad de disposiciones generales del Consejo de Ministros con posterioridad al plazo de

dos meses desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado previsto en el artículo 46.1 LJ.

6) Ello no obstante, el recurso indirecto contra Reales Decretos reglamentarios cuenta con una doble limitación subjetiva y objetiva que disminuye, de modo evidente, las posibilidades de controlar judicialmente las normas aprobadas por el Ejecutivo:

a) En cuanto a su legitimación activa, se encuentra obviamente supeditado a que el sujeto de derecho que pretende interponerlo haya sido el destinatario de un acto administrativo fundado precisamente en la ilegalidad de la norma del Gobierno en cuestión.

b) En cuanto a su objeto, en el supuesto del artículo 27.1, el Órgano judicial no podrá extender su conocimiento a otros preceptos distintos de aquéllos que fundamentan la ilegalidad del acto recurrido como se deduce, *a sensu contrario* del artículo 33.3 LJ.

En los supuestos del artículo 27.2 y 3 LJ (en los que como ya he indicado se amplía *ex lege* el objeto del recurso al precepto del Real Decreto que se impugne indirectamente), entiendo que puede extenderse la impugnación a otros preceptos que guarden conexión o sean consecuencia de aquél. Y ello porque, a pesar de que las facultades que concede al Tribunal los artículos 33.3 LJ y 126.2 LJ se encuentran limitadas a las impugnaciones directas de disposiciones generales y a la cuestión de ilegalidad, los supuestos analizados del artículo 27.2 y 3 LJ se asimilan a este último proceso en cuanto permiten al Juzgador declarar la nulidad radical de los Reales Decretos contrarios a Derecho.

7.- LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD EN RELACIÓN CON LA IMPUGNACIÓN DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- Idea General.

La cuestión de ilegalidad viene regulada en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio en los artículos 27 y 123 a 126 LJ para aquellos supuestos en los que el recurso indirecto se plantea ante un Órgano judicial distinto del competente del recurso directo contra el reglamento en el que se funda la alegación de ilegalidad del acto y no se interpone posteriormente recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁶⁵. Por consiguiente, en relación con el objeto de la presente tesis doctoral, contempla aquellos supuestos en los que el recurso indirecto contra un Real Decreto reglamentario se plantea y resuelve con carácter firme ante Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa distintos del Tribunal Supremo. En consecuencia, únicamente es susceptible de someterse a cuestión de ilegalidad un Real Decreto reglamentario cuando el acto de aplicación recurrido no es enjuiciado en única instancia o recurrido en casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo lo que ciertamente limita el número de supuestos posibles.

En concreto, el artículo 27 LJ establece que <<cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general

⁶⁵ A este respecto, ha de señalarse que el artículo 93.3 LJCA de 27 de diciembre de 1.956 permitía en todo caso el recurso de casación respecto de las sentencias que resolviesen un recurso indirecto, precepto que no ha pasado a la nueva LJ ya que el artículo 86.3 LJCA de 13 de julio de 1.998 se refiere exclusivamente a las sentencias de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a derecho una disposición general.

aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición>>.

Se define pues como una especie de recurso abstracto cuyo único objeto es determinar la legalidad de la disposición general en la que se ha fundado la sentencia firme dictada en un previo recurso indirecto. El apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1.998 de 13 de julio afirma que la regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica. La doctrina administrativa ha encontrado la cuestión de ilegalidad más cercana a la denominada <<autocuestión de inconstitucionalidad>> o <<cuestión interna de legalidad>> regulada en el artículo 55.2 LOTC. El mencionado precepto declara que en el supuesto de que se estime un recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y ss. Algún autor, finalmente, encuentra también al nuevo proceso cierto parecido con la cuestión prejudicial de la legislación comunitaria⁶⁶.

De la jurisprudencia investigada, se deduce que el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con diferentes cuestiones de ilegalidad de Reales Decretos reglamentarios. En concreto, puedo citar las siguientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal

⁶⁶ La postura común es mantenida por J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. II*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 2.202-2.203; R. ALONSO GARCÍA, *Actividad Administrativa Impugnable*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 275 y J. MESEGUER YEBRA, *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Editorial Bosch, 2.001, p. 11. Este último autor es el que advierte de la existencia de alguna posición doctrinal que asimila la cuestión de ilegalidad a la cuestión prejudicial comunitaria.

Supremo dictadas en cuestiones de ilegalidad de Reales Decretos reglamentarios: 18 de julio del 2.000, 21 de julio del 2.000 (Ar. 7.096), 25 de septiembre del 2.000 (Ar. 8.185 que cita la 1ª), 9 de marzo del 2.001 (Ar. 7.224), 12 de marzo del 2.002 (Ar. 2.566), 12 de marzo del 2.002 (Ar. 3.408), y 14 de marzo del 2.002 (Ar. 4.595), todas estimatorias.

En dos ocasiones, las referidas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en cuestiones de ilegalidad tenían idéntico objeto que otras previas. Así ocurrió con las Sentencias de la Sección 4ª de 18 de julio y 25 de septiembre del 2.000 (Ar. 8.185. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO) y de la Sección 7ª de 12 de marzo del 2.002 (Ar. 2.566 y 3.408. Ponentes: M. GODED MIRANDA y J.J. GONZÁLEZ RIVAS). La segunda de las Sentencias citadas se dictó cuando ya había sido anulado el artículo cuestionado del reglamento aprobado por Real Decreto, por lo que el fallo vino simplemente a reiterar el anterior ya declarado.

S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ⁶⁷ destaca, como razones que han movido al legislador en la introducción y redacción final de la cuestión de ilegalidad, las siguientes:

1) La consideración del interés general en depurar del Ordenamiento jurídico una disposición general que es contraria a Derecho revisando el juicio de legalidad sobre la misma hecho por parte de un órgano jurisdiccional que no es competente para fallar la nulidad de la norma reglamentaria.

⁶⁷ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.999, pp. 533-535.

2) La necesidad de uniformar criterios en cuanto a la legalidad de las disposiciones de carácter general especialmente después de la implantación de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales.

3) La evidencia de que los medios de control de los actos y los reglamentos han de tener una naturaleza distinta ya que lo esencial respecto de éstos últimos ha de ser <<alcanzar una única decisión justa, rápida y de efectos generales para todos>>.

4) Afianzar el principio de seguridad jurídica mediante la obtención de una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre la validez de un reglamento, pero sin impedir el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se deduce.

El Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1.995 contenía, sin embargo, una solución distinta consistente en la posibilidad del planteamiento, de oficio o a instancia de parte, de una cuestión prejudicial suspensiva por el Juez o Tribunal que conociera del recurso indirecto ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo. J. LEGUINA VILLA⁶⁸, Presidente de la Comisión Asesora que elaboró el Anteproyecto de Ley de 1.995⁶⁹, describía la nueva técnica procesal

⁶⁸ J. LEGUINA VILLA, *La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: planteamiento general*, Poder Judicial, número 39, septiembre, 1.995, p. 227. También, J. LEGUINA VILLA, *La reforma del proceso contencioso-administrativo* (Coordinador: A. PÉREZ MORENO), <<Exposición de Motivos>>, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 29 y 30.

⁶⁹ M. BASSOLS COMA, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales (arts. 123 a 126)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 773, expone que la Comisión Asesora del Ministerio de Justicia e Interior que elaboró el borrador el anteproyecto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en noviembre de 1.994 estaba presidida por J. LEGUINA VILLA y compuesta por los siguientes vocales: P. GARCÍA MANZANO, J. GARCÍA TORRES, L. ORTEGA ÁLVAREZ, A. RODRÍGUEZ GARCÍA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Secretario, P. SANTAOLAYA MACHETTI. Por su parte, J.M. SANTOS VIJANDE,

incorporada en los siguientes términos: se suspende la tramitación del proceso de origen -el tribunal competente ante el que se plantea la cuestión podría suspender también la vigencia del reglamento- y se señala un plazo máximo de seis meses para que el tribunal dicte sentencia sobre la legalidad o ilegalidad del reglamento, pudiendo a partir de ese momento resolver el pleito *a quo* que dio lugar el planteamiento de la cuestión de ilegalidad. Transcurrido el plazo de seis meses, y con el fin de evitar dilaciones excesivas, cualquiera de las partes puede solicitar que se falle el pleito inicial inaplicando, en su caso, el reglamento y anulando el acto administrativo.

M. BASSOLS COMA⁷⁰ pone de manifiesto como las objeciones y observaciones realizadas tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado en sus respectivos informes al Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa influyeron definitivamente en la redacción final de la cuestión de ilegalidad contenida en el texto del Proyecto de Ley que el Gobierno remitió al Congreso de los Diputados con fecha 30 de septiembre de 1.995 (artículos 26.1 y 122). El Consejo General del Poder Judicial, en concreto, emitió su informe preceptivo sobre el Anteproyecto el día 22 de febrero de 1.995, dedicando especial atención a la cuestión de ilegalidad, compartiendo plenamente las motivaciones de la propuesta en el sentido de que resultaba perentorio llegar a la anulación general del reglamento origen de los actos impugnables. Sin embargo, el mencionado

El recurso indirecto contra reglamentos, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.998, pp. 104-105, realiza una exposición general de las iniciativas legislativas, (Anteproyectos y Proyectos de Ley) elaboradas y adoptadas en relación con la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁷⁰ M. BASSOLS COMA, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales (arts. 123 a 126)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 780-783.

Consejo no compartía la técnica procesal utilizada en el Anteproyecto en la medida en que se basaba en una prejudicialidad suspensiva y sugería, por el contrario, un cambio radical en el momento de promover la cuestión de ilegalidad, de modo que se pudiera adoptar en sentencia, con carácter facultativo en el procedimiento en única instancia y preceptivamente en fase de recurso. Así el órgano jurisdiccionalmente competente para conocer del recurso directo contra la norma o disposición controvertida podría decidir sobre la nulidad o validez de la misma, extendiendo eventualmente, con eficacia general y fuera de los límites del proceso, el juicio de ilegalidad anticipado por el promotor de la cuestión.

El informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de 15 de junio de 1.995 promovió igualmente como solución alternativa el convertir la cuestión en no suspensiva indicando que la cuestión de ilegalidad se aproxima conceptualmente al recurso en interés de ley o para la unificación de la doctrina.

Junto con las opiniones institucionales ya reseñadas al Anteproyecto de Ley de 1.995 que favorecieron la introducción en la nueva Ley de la Jurisdicción de la cuestión de ilegalidad en su redacción vigente, he de destacar algunas posturas críticas manifestadas por autores de Derecho Administrativo:

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y J. GONZÁLEZ PÉREZ⁷¹ destacan que la cuestión de ilegalidad se configura como un proceso abstracto en el que no se da entrada a otras partes que las que lo fueron en el

⁷¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, 2.002, Madrid, pp. 230-231. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. II*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.204.

proceso *a quo* (art. 123.2 LJ). Y dicha regulación supone una quiebra de las más elementales garantías de defensa que impone el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. En efecto, si bien es conveniente que la norma reglamentaria que se estima contraria a Derecho una vez enjuiciada sea expulsada del Ordenamiento jurídico, ello ha de hacerse con las debidas garantías que permitan la personación y defensa de las entidades que ostenten la representación y defensa de los intereses que podrían verse afectados por la declaración de nulidad.

J. M. SANTOS VIJANDE⁷², por su parte, centra su crítica a la nueva fórmula procesal en dos puntos concretos:

a) Es en extremo arriesgada la técnica empleada porque admite la posibilidad de que uno o varios tribunales dicten sentencias firmes inaplicando un reglamento que juzgan contrario a Derecho, para que, ulteriormente, el órgano judicial que conozca de la cuestión de ilegalidad en primera instancia o en casación, contradiga el criterio sostenido y proclame, varios años después, la legalidad de la disposición cuestionada.

El riesgo denunciado es casi una certeza si se tiene en cuenta, además, los denominados <<recursos testigos>> del artículo 37.2 LJ y la posibilidad de solicitar la extensión de sus efectos en los términos del artículo 111 LJ (la denominada <<ejecución en masa>>).

⁷² J.M. SANTOS VIJANDE, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.999, pp. 935- 958. La primera de las críticas sostenidas por el citado autor es compartida por H. LOSADA GONZÁLEZ colaborador de la obra: F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. III*, 1ª edición, Editorial Tecnos, 2.001 (reimpresión 2.002), p. 299, aludiendo a las repercusiones negativas que la Sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo y del precepto reglamentario que le servía de fundamento tiene respecto de terceros interesados.

b) La normativa enunciada propicia diferencias de trato difícilmente comprensibles para los administrados. Así sucedería si, dentro de la ejecución en masa, unas ejecuciones hubiesen culminado y otras estuviesen aún pendientes cuando se pronuncia la sentencia de la cuestión de ilegalidad que declara ajustado a Derecho el reglamento antes inaplicado.

c) El sistema adoptado resulta de enorme complejidad ya que al exigir la Ley de la Jurisdicción para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad la existencia previa de una sentencia firme que anule el acto que se funda en la ilegalidad del reglamento, habrá que esperar a que dicha sentencia adquiera firmeza bien porque las partes agoten todos los recursos posibles o bien porque desistan de alguno de ellos. Además, la sentencia que decida la cuestión de ilegalidad es asimismo recurrible (obviamente, no en el caso de un Real Decreto) con lo que el tiempo necesario para obtener una resolución judicial firme que declare la nulidad de la disposición general puede ser excesivo.

J. E. SORIANO GARCÍA⁷³, finalmente, muestra su oposición al nuevo proceso regulado en la Ley Jurisdiccional en dos extremos:

a) Existe una palpable hostilidad al control difuso de los reglamentos ilegales. La concentración que se pretende no es otra que el monopolio de la declaración de nulidad en determinados órganos, con desconocimiento paladino de la posición tradicional de los Jueces contenciosos como Jueces ordinarios de la legalidad administrativa con ocasión de su aplicación.

⁷³ J. E. SORIANO GARCÍA, *Cuestión de ilegalidad*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 836.

b) Se ha confundido el objeto del proceso que son los reglamentos ilegales (la finalidad a la que atiende es la de declarar nulo radicalmente, en caso de estimación, el reglamento viciado; así el artículo 126.2 LJ remite a los artículos 71.1.a) 72.3 y 73 LJ) con la extensión, ámbito y límites de la competencia del órgano encargado de decidir sobre el mismo.

La solución técnica preferida por la mayor parte de los juristas⁷⁴, hubiera consistido en establecer una norma especial de competencia, a modo de <<vis atractiva>>, que hubiera permitido atribuir la competencia para conocer de los recursos indirectos contra reglamentos a los tribunales con competencia para resolver los directos. A la espera de una reforma legislativa en este punto, he de recordar, como ya expuse en el apartado anterior relativo al recurso indirecto contra reglamentos, que el interesado puede obtener individualmente la misma solución funcional (interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto ante el órgano competente para conocer de la impugnación directa del reglamento en cuya ilegalidad se funda) utilizando la fórmula prevista en el artículo 107.3 LRJAPYAC.

En cualquier caso, entiendo que la sustanciación de la cuestión de ilegalidad ha de gozar de la máxima prioridad para limitar en la medida de lo posible la inseguridad jurídica que determina su iniciación en cuanto al modo en que ha de quedar regulado un determinado sector de la realidad social. Y ello, haciendo uso frecuente de las posibilidades que otorga la aplicación conjunta del artículo 66 LJ (tramitación preferente sobre cualquier otro recurso

⁷⁴ J. MESEGUER YEBRA, *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Editorial Bosch, 2.001, pp. 12-13, cita a R. FERNÁNDEZ MOTALVO, J. TORNOS MAS, F. GARRIDO FALLA, RUIZ RISUEÑO. También se pronuncian a favor de dicha solución, J.M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.998, p. 140 y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.999, p. 536.

salvo el proceso especial de protección de los derechos fundamentales) y 126.4 LJ (cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos, será objeto de tramitación y resolución preferente).

Así la tramitación prioritaria de las cuestiones de ilegalidad que resulten de especial trascendencia por razón de la materia sobre la que tratan o por ser extensibles los efectos de las sentencias dictadas en el recurso indirecto que las originó a otros recursos, favorecida por la propia simplicidad de los trámites procesales legalmente previstos (artículos 123 a 126 LJCA) y la sumariedad de los mismos (v.gr., el artículo 123.1 y 2 LJCA que no admite recurso alguno contra el auto de planteamiento y establece el carácter preclusivo del plazo para que las partes puedan comparecer y formular alegaciones), puede permitir paliar en buena medida los efectos perniciosos detectados por la doctrina para la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la norma que se derivan de la regulación legal de la nueva cuestión judicial.

B.- Los requisitos procesales.

Pueden distinguirse los siguientes requisitos procesales.

a) De orden objetivo.

Se precisa una sentencia firme que declare la nulidad de un acto administrativo por considerar ilegal el contenido de la disposición general en la que se funda.

La cuestión de ilegalidad tiene por objeto los preceptos de la norma reglamentaria cuya ilegalidad ha servido de fundamento para anular el acto administrativo impugnado.

No obstante, el artículo 126 LJ establece que se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto en el artículo 33.3 LJ para el recurso directo, de modo que si el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos podrá someterlo a la consideración de las partes mediante providencia.

b) De orden subjetivo.

El recurso se plantea por el Juez o Tribunal que dicta la sentencia firme que anula un acto fundándose en la ilegalidad de la norma reglamentaria de la que trae causa ante el Órgano judicial competente para conocer del recurso directo contra la disposición general. En el caso de que la norma en que se funda el acto anulado sea un Real Decreto reglamentario habrá de plantearse la cuestión ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo conforme a la regla de competencia del artículo 12.1.a) LJ.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁵ entiende que a la parte actora que hubiera obtenido mediante sentencia firme la estimación de un recurso indirecto habrá que reconocérsele legitimidad para plantear la cuestión de ilegalidad, ante el temor de que el Órgano jurisdiccional que dictó la referida resolución judicial incumpla el deber que le impone el artículo comentado, dirigiéndose al

⁷⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.207.

Órgano competente dentro del plazo e instándole para que emplace a la partes en cumplimiento del artículo 123.2 LJ.

Sin embargo, como indica J.E. SORIANO GARCÍA, la función propia de los que fueron parte en el pleito principal en el que se resolvió el recurso indirecto mediante sentencia firme es la de actuar como *amicus curiae*, y realizar funciones propias de defensor de la legalidad o de censor de las mismas, una suerte de fiscal desconcentrado⁷⁶.

Ambos autores⁷⁷ mantienen la conveniencia de que la Ley de la Jurisdicción hubiera previsto la intervención del Ministerio Fiscal en la sustanciación de la cuestión de ilegalidad como propuso el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley. Y la opinión no puede ser más acertada ya que la cuestión de ilegalidad es un recurso abstracto que mira exclusivamente a la depuración del Ordenamiento jurídico y nadie mejor que el órgano que tiene confiado la defensa de la legalidad por mandato constitucional (artículo 124.1 CE) para defender en dicho proceso el interés público concurrente.

c) Relativos a la actividad.

Se precisa una sentencia firme que declare la nulidad de un acto fundándose en que una disposición no es conforme a Derecho (artículo 27.1 LJ).

⁷⁶ J.E. SORIANO GARCÍA, *Cuestión de ilegalidad*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 838.

⁷⁷ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. II*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.207. También en lo referente a la intervención del Ministerio Fiscal ver J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Nuevos sistemas de control de la Administración Pública*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 22, julio-septiembre, 1.979, p. 419 y ss.; y J.E. SORIANO GARCÍA, *Cuestión de ilegalidad*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 838.

Además, la cuestión de ilegalidad habrá de plantearse dentro del plazo de cinco días siguientes a que conste en autos la firmeza de las actuaciones (artículo 123.1 LJ).

La falta de las condiciones procesales aludidas puede dar lugar a la inadmisión de la cuestión de ilegalidad planteada conforme dispone el artículo 125.2 LJ. Así, puede ocurrir que la sentencia en la que se fundamente la cuestión no sea firme, que haya transcurrido el plazo de cinco días para interponerla o incluso que la disposición recurrida ya haya desaparecido del Ordenamiento jurídico.

J.A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA⁷⁸ mantiene que no parece que pueda rechazarse la cuestión por falta de fundamento jurídico, pues dicha posibilidad fue desechada durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En cambio, considera acertado inadmitir una cuestión de ilegalidad por falta de un correcto juicio de relevancia que justifique el planteamiento de la cuestión de ilegalidad ya que la misma ha de plantearse mediante auto (resolución judicial que por su propia naturaleza ha de ser motivada, artículo 245.1.b) LOPJ y 206.2 LEC). Por consiguiente, puede inadmitirse la cuestión de ilegalidad cuando no se motive el enlace que el Juzgador de instancia aprecia entre la dudosa invalidez de una norma y el resultado del proceso principal.

Asimismo, dicho autor entiende obligado inadmitir cuestiones de ilegalidad cuando ya se haya producido sentencia publicada que haya anulado la norma (como consecuencia de una cuestión anterior o de un recurso directo formulado contra la misma) ya que la norma habrá desaparecido del

⁷⁸ J.A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio Sistemático* (Coordinador: B. PENDÁS GARCÍA), Editorial Praxis, Barcelona, 1.999, pp. 482-484.

Ordenamiento jurídico (artículo 72 LJ), [posibilidad contradicha por las ya citadas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de julio y 25 de septiembre del 2.000 (Ar. 8.185)]. Lo que en cambio no contempla la LJCA es la posibilidad de inadmisión de cuestiones cuando ya con anterioridad otra u otras similares hayan sido rechazadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 LJ que establece el principio de no consentimiento de las normas jurídicas.

C.- El procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción.

Como pone de manifiesto S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ⁷⁹, el procedimiento de la cuestión de ilegalidad tiene un carácter preferentemente objetivo (la posible anulación de un reglamento). Prima por lo tanto un interés público o estatal en la depuración de la norma ilegal del Ordenamiento jurídico y la posición jurídica del particular que interpuso el recurso indirecto ante el Tribunal *a quo* no se ve afectada por la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad.

De este modo, la Ley de la Jurisdicción ha conseguido deslindar perfectamente lo que es un procedimiento preferentemente subjetivo respecto de la pretensión del interesado (el que se sustancia ante el órgano jurisdiccional *a quo* a efectos de que se anule el acto) y lo que es un procedimiento preferentemente objetivo (el que se sustancia ante el Tribunal *ad quem* a efectos de que se anule una disposición). Y lo anterior explica que la regulación de la cuestión de ilegalidad llegue a asumir que el particular pueda beneficiarse de una sentencia basada en la consideración errónea de que la norma aplicada es ilegal.

⁷⁹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.999, p. 536.

La cuestión de ilegalidad se plantea, mediante auto no susceptible de recurso, por el Juez o Tribunal que resolvió el recurso indirecto por sentencia firme, quedando las partes emplazadas en el plazo común de quince días para comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión.

El Juez o Tribunal que haya planteado la cuestión de ilegalidad, conforme dispone el artículo 124 LJ, remitirá urgentemente, junto con la certificación del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo. Asimismo, ordenará la publicación del planteamiento de la cuestión de ilegalidad en el mismo periódico oficial que lo hubiera sido la disposición cuestionada, en atención al principio de seguridad jurídica.

Las partes podrán presentar junto con el escrito de personación y alegaciones toda la documentación que estimen conveniente (artículo 125 LJ), pero no se reconoce a las partes la posibilidad de practicar otros medios de prueba que la documental aportada⁸⁰. Ello no obstante, las partes pueden solicitar del Órgano judicial en sus escritos de alegaciones que practique de oficio las pruebas que estime convenientes, entre ellas la reclamación del expediente de elaboración de la disposición general. El Tribunal podrá acordar tales medidas, quedando interrumpido el plazo de diez días para dictar sentencia, oyendo a las partes por plazo común de tres días sobre el expediente o el resultado de las pruebas practicadas.

⁸⁰ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.219.

D.- Los efectos de la sentencia.

La regulación de la cuestión de ilegalidad no prevé otro modo de terminación del proceso que la terminación normal por sentencia. Pues bien, la sentencia que resuelva la cuestión puede ser de tres tipos: de inadmisibilidad de todas o algunas de las pretensiones; de desestimación y de estimación (en éstos dos últimos supuestos total o parcial). Los efectos propios de la resolución judicial según cada tipo de fallo son los siguientes:

1) La sentencia que inadmita la cuestión por falta de algún requisito procesal sólo produce efectos entre las partes⁸¹.

2) La sentencia que desestima la cuestión presupone que se ajusta a Derecho la disposición impugnada. La resolución judicial, en tal caso, es contraria a la sentencia firme cuyo fallo sirvió de base para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad. Para dicho supuesto, el artículo 126.5 LJ establece que la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla.

3) La sentencia que estime la cuestión planteada declara total o parcialmente la nulidad de los preceptos cuestionados.

El artículo 126.2 LJ, por su parte, establece con carácter general que se aplica a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra

⁸¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.224, mantiene, sin embargo, que la Sentencia que declare la inadmisibilidad de la cuestión no produce efecto alguno.

disposiciones generales en los artículos de la Ley de la Jurisdicción: 33.3 (posibilidad de extensión del enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos), 66 (tramitación preferente sobre cualquier otro recurso salvo el proceso especial de protección de los derechos fundamentales); 70 (fundamento de la resolución judicial); 71.1.a) (declaración de nulidad de la disposición impugnada como efecto de la sentencia estimatoria); 71.2 (la sentencia que declare nula total o parcialmente una disposición general no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos que se dicten en sustitución de los anulados); 72.2 (los efectos *erga omnes* de la sentencia se producen a partir de la fecha en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada) y 73 (las sentencias firmes que anulen una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente).

El artículo 126.4 LJ establece la regla, según la cual, cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos, será objeto de tramitación y resolución preferente. El mencionado precepto ha de ponerse necesariamente en relación con el artículo 66 LJ (aplicable a la cuestión de ilegalidad según indica el artículo 126.2 LJ) que determina la prioridad en la votación y fallo de la cuestión sobre cualquier otro proceso salvo el de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En consecuencia, gozan de la máxima preferencia en la tramitación y resolución aquellas cuestiones de ilegalidad cuya resolución

tenga especial trascendencia para otros recursos (lo que sucede en los supuestos de los <<recursos testigo>> del artículo 37.2 LJ y de la <<ejecución en masa>> del artículo 111 LJ) salvo que se trate de procesos de protección de los derechos fundamentales conforme dispone el artículo 114.3 LJ y 53.2 CE.

Finalmente, cabe destacar que las sentencias que resuelven cuestiones de ilegalidad respecto de reglamentos estatales son siempre recurribles en apelación y casación (artículo 81, 86.3 y 4 LJ), aunque dicha regla no resulta aplicable a los supuestos en los que se resuelve sobre la legalidad de Reales Decretos reglamentarios ya que la competencia para su conocimiento corresponde a la Sala 3ª del Tribunal Supremo (artículo 12.1.a) LJ).

E.- Consideraciones finales respecto de la cuestión de ilegalidad.

Del análisis realizado respecto de la cuestión de ilegalidad en relación con el objeto de la presente tesis doctoral, se deduce que el mismo constituye un proceso abstracto de control de la legalidad de los Reales Decretos reglamentarios. Dicho proceso permite la eliminación del mundo jurídico de aquellas normas del Ejecutivo que se encuentren viciadas de nulidad de pleno derecho lo que supone un cambio radical respecto de las posibilidades de la Jurisdicción contenciosa en el control indirecto de los reglamentos del Gobierno (limitadas en caso de estimación a la inaplicación de la norma al caso controvertido).

La aplicabilidad de la referida vía procesal se ve en la práctica, sin embargo, muy mermada pues se reduce a aquellos supuestos en los que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se impugne indirectamente un reglamento del Gobierno que fundamenta la ilegalidad de un acto dictado por una autoridad inferior al Consejo de Ministros.

b) Que la impugnación contra dicho acto en vía administrativa no concluya con una resolución expresa o tácita del mismo Consejo de Ministros a través del mecanismo procedimental regulado en el artículo 107.3 LJ o del recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución de que se trate (artículo 114.1 LJ).

c) Que, como ya he indicado al comienzo del presente apartado, en el supuesto de que el recurso indirecto contra el Real Decreto reglamentario se plantee ante un Órgano judicial inferior al Tribunal Supremo, no sea objeto de recurso de casación.

En caso de no cumplirse alguna de las circunstancias señaladas, la competencia para conocer del recurso sería de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. En consecuencia, no se daría el supuesto del recurso indirecto contra un Real Decreto reglamentario que contempla artículo 27.1 LJ y cuya estimación habilita al Juez o Tribunal administrativo que ha conocido del mismo para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

8.- EL CONTROL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

A.- Evolución histórica.

Durante una primera etapa del régimen jurídico anterior a la Constitución, las normas con rango de ley eran de tal modo invulnerables para los Jueces que éstos no sólo no podían inaplicarlas ni anularlas, sino que ni siquiera podían enjuiciarlas, esto es, plantearse su validez. Debían aplicarlas automáticamente. Así, la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1.959 al enumerar las leyes que no podían ser impugnadas ante los Tribunales cita, expresamente, las dictadas por el Gobierno en virtud de una delegación de las Cortes, conforme a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado⁸². Los Decretos legislativos se consideraban excluidos de todo control jurisdiccional (SS. de 26 de octubre de 1.961, 16 de junio y 15 de octubre de 1.964).

Ello no obstante, a finales de los años sesenta, la Sala 3ª del Tribunal Supremo va a cambiar de orientación y sentar la doctrina según la cual, los Decretos legislativos son plenamente fiscalizables por la jurisdicción

⁸² Sentencia citada por F. GARRIDO FALLA, *La fiscalización de los Decretos Legislativos por la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Documentación Administrativa, número 132, noviembre-diciembre, 1.969, p. 37.

contencioso-administrativa para determinar si el Gobierno, al dictarlos, se ajustó a la ley de autorización. Los preceptos de los Decretos legislativos tienen fuerza de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación (SS. de 23 de mayo, 11 de octubre y 15 de diciembre de 1.969, 18 de febrero de 1.970 y 28 de mayo de 1.971)⁸³.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978, la fiscalización de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido recogida por el propio texto constitucional. En efecto, la discusión parlamentaria incidió reiteradamente en el tema de instrumentar un sistema de fiscalización de las Cortes pero tras ensayar diversas fórmulas se optó por establecer en el artículo 82.6 CE que <<las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control>>. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el encabezamiento del indicado precepto señala que tales fórmulas se establecerán <<sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales>>.

⁸³ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 138-139. El autor, además, hace referencia a otras Sentencias, posteriores a la Constitución, que continúan dicha línea jurisprudencial: SSTC 51/1.982 de 19 de julio; 47/1.984, de 4 de abril; así como SSTS de 30 de diciembre de 1.986 (Ar. 7.708), 1 de febrero de 1.988 (Ar. 1.768), 3 de noviembre de 1.993 (Ar. 8.887), 3 de febrero de 1.997 (Ar. 1.552) y 3 de octubre de 1.997 (Ar. 7.704).

B.- Naturaleza jurídica de los Decretos legislativos y su relación con la ley de delegación.

Entre las teorías desarrolladas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de los Decretos legislativos, J.A. SANTAMARÍA PASTOR⁸⁴ destaca las siguientes:

1) Una relación de representación o mandato entre el Legislativo y el Ejecutivo: esta tesis de cuño privatista ha sido tempranamente abandonada a medida que el concepto mismo de representación en el Derecho privado ha alterado su contenido. No se concibe ya como un negocio en virtud del cual los actos del representante son propios suyos, pero sus efectos se producen en el patrimonio del representado.

2) La tesis de transferencia de potestad en virtud de la delegación: el Parlamento trasladaría al Ejecutivo la potestad legislativa de que es titular, lo que asimismo explicaría que las normas dictadas por éste gozaran de la fuerza de ley.

Sin embargo, las potestades son indisponibles por su titular, a diferencia de los derechos privados de los que el titular puede disponer, por regla

⁸⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pp. 652-654. Vid. también J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000 (reimpresión 2.001), pp. 284-286.

general, con entera libertad. Para salvar dicho escollo, se diseñaron las dos teorías siguientes.

3) La delegación transferiría el ejercicio de la potestad legislativa, pero no su titularidad.

4) La potestad legislativa se hallaría atribuida ya por la Constitución al Gobierno, estando condicionado su uso a una autorización del Parlamento, expresada en la ley delegante.

5) Una última tesis, de gran predicamento en nuestro sistema jurídico (propugnada en nuestro Derecho por E. GARCÍA DE ENTERRÍA), concibe la delegación como un fenómeno de habilitación o apoderamiento, mediante el cual el legislador ordinario abre al reglamento la posibilidad de actuar en ámbitos que inicialmente le están vedados, por hallarse reservados a su regulación por ley (bien por imponerlo la Constitución, bien por haber sido, de hecho, regulados por la Ley), lo que impediría al reglamento, en virtud de la regla del *contrarius actus*, llevar a cabo tal regulación.

Para J.A. SANTAMARÍA PASTOR, la delegación legislativa es explicable, en nuestro sistema constitucional vigente, de modo bastante similar a como lo hace la tesis últimamente expuesta, aunque con mayor simplicidad. El constituyente español parte de la existencia de dos centros de producción normativa ordinaria -las Cortes Generales y el Gobierno- o, si se quiere, de dos tipos de normas escritas, la ley y el reglamento. Pues bien, los Decretos legislativos poseen rango o fuerza de ley no porque el legislador asuma *ex ante* su contenido, sino simplemente porque la Constitución lo impone.

C.- Fundamento jurídico del control de los Reales Decretos legislativos por la jurisdicción ordinaria.

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar los Decretos legislativos ha sido sancionada en el actual artículo 1 LJ al establecer que <<los Juzgados y Tribunales conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los Decretos legislativos cuando excedan de los límites de la delegación>>. La determinación del fundamento jurídico del control ejercido por la jurisdicción ordinaria sobre los Reales Decretos legislativos ha suscitado, sin embargo, una viva polémica entre los autores de Derecho Administrativo pudiendo distinguirse las siguientes posiciones doctrinales:

1) La teoría del control de legalidad que se ejerce sobre los Decretos legislativos que incurran en *ultra vires*.

I. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ ⁸⁵ sostiene que los Decretos legislativos, independientemente de que incurran o no en *ultra vires*, tienen rango de ley, o mejor, aparentan ser normas con rango de ley. El Decreto legislativo se dicta en virtud de una delegación de la potestad legislativa (artículo 82 CE). Pero ha de tenerse en cuenta que el control *ultra vires* no es un control de constitucionalidad, sino de legalidad (se centra en la conformidad de la norma de delegación a la ley delegante), por lo que la competencia para el mismo no

⁸⁵ I. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos*, Poder Judicial, número 24, diciembre, 1.991, p. 33 y ss.

puede entenderse atribuida por el artículo 161 CE al monopolio del Tribunal Constitucional (v.gr. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1.980).

El artículo 82.6 CE, por otro lado, no prefigura por sí solo de una manera definitiva el mecanismo que ha de regir en nuestro Derecho en el control jurisdiccional de los Decretos legislativos. Y, finalmente, ni la Constitución ni las leyes atribuyen en ningún momento al Tribunal Constitucional el control *ultra vires* y esta mera omisión basta para afirmar la competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios (artículos 117.3 y 5 y 161.1.d) CE). El Tribunal Constitucional es un tribunal especial y esa excepcionalidad debe predicarse de sus competencias.

2) La teoría del <<rango de ley>> de los Decretos legislativos en todo caso.

Es sostenida por autores como I. DE OTTO, J. C. DUQUE VILLANUEVA, J. JIMÉNEZ CAMPO⁸⁶ que coinciden en afirmar que los Decretos legislativos tienen rango de ley en todo caso por lo que su control corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional por la vía del artículo 163 CE⁸⁷.

Ha de considerarse no obstante que aunque es cierto que toda vulneración del Ordenamiento jurídico es, en el fondo, un vicio de inconstitucionalidad, siquiera indirectamente, la Constitución sólo atribuye al Tribunal Constitucional el control de las violaciones directas de la

⁸⁶ I. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos*, Poder Judicial, número 24, diciembre, 1.991, p. 26 y ss. El autor da la siguiente referencia bibliográfica, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1.989; J. C. DUQUE VILLANUEVA, <<Los Decretos Legislativos de las CC.AA.>>, Revista de las Cortes Generales, 1.986; J. JIMÉNEZ CAMPO, <<El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos>>, R.D.P., U.N.E.D., 1.981.

⁸⁷ F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Valor de Ley, Fuerza de Ley*, Revista de Administración Pública, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, pp. 421 y 422, afirma que los Decretos legislativos son, por definición (artículo 82.1 CE), normas con rango de ley sin que tengan fuerza de ley en el sentido activo de la expresión ya que sólo son válidos en el ámbito de la ley delegante.

Constitución. El control de las violaciones indirectas puede encomendarse por ley orgánica como sucedió en el supuesto del artículo 28 LOTC.

La doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las Sentencias 51/1.982 de 19 de abril, 47/1.984 de 4 de abril, así como en el Auto 69/1.983 de 17 de febrero es contradictoria y fragmentaria. El Tribunal afirma por un lado que los Decretos legislativos que incurren en *ultra vires* no son sólo ilegales sino también inconstitucionales por lo que considera que es competente para realizar el control. Y ello lo entiende sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción ordinaria para anular o inaplicar el Decreto legislativo, por considerar que tal vicio rebaja el rango del Decreto legislativo al de mero reglamento.

3) La denominada teoría de la <<degradación normativa>> sustentada principalmente por F. GARRIDO FALLA y E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁸.

F. GARRIDO FALLA ha venido sosteniendo, desde que se produjo el cambio de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en 1.969⁸⁹, que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de las infracciones en las que incurran los Decretos legislativos a pesar de la letra de la antigua Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1.956 que aludía a

⁸⁸ Pueden incluirse igualmente dentro de esta posición doctrinal: F. SAINZ MORENO, *El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los decretos legislativos*, Revista de Administración Pública, número 93, septiembre-diciembre, 1.980, pp. 219-229; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2.003, p. 138; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.999, p. 237. I. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos*, Poder Judicial, número 24, diciembre, 1.991, p. 23, cita como partidarios de esta doctrina a J.L. VILLAR PALASÍ, SUÑÉ LUNAS, E. ANGULO RODRÍGUEZ y J.R. PARADA VÁZQUEZ.

⁸⁹ F. GARRIDO FALLA, *La fiscalización de los decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Documentación Administrativa, número 132, noviembre-diciembre, 1.969, p. 34.

<<disposiciones con categoría inferior a la ley>>. Y ello porque el valor de ley del Decreto legislativo lo es <<en tanto en cuanto>> se ajuste a las bases de la delegación.

Si a lo anterior añadimos que el Derecho vigente exige como trámite preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos legislativos, son dos los posibles motivos de impugnación de tales normas: la infracción de las bases de la delegación y la omisión, en su caso, de la intervención preceptiva del Consejo de Estado (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.969 y 1 de octubre de 1.988) ⁹⁰.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁹¹, por su parte, mantiene que la legislación delegada, denominada <<*delegación recepticia*>> es, junto con la deslegalización y la remisión normativa, una técnica de cooperación entre el Parlamento y el Gobierno que implica una alteración ocasional de los principios que presiden las relaciones entre los productos normativos propios de ambos, es decir, la ley y el reglamento. Las tres especies de delegación legislativa mantienen el sistema de los poderes normativos entre el Legislativo y la Administración de modo que existe en todos los casos no una transferencia de potestad reglamentaria sino una mera atribución de su ejercicio, lo cual es algo esencialmente distinto.

La asignación de rango de ley a la norma delegada en la *delegación recepticia* no es un efecto de la delegación, sino un efecto especial que se produce como consecuencia de una determinación adicional expresa del

⁹⁰ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 268.

⁹¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 161 a 171, 229 a 234.

legislador que consiste en una asunción anticipada que hace el legislador de la norma delegada prestándole su propio rango. Técnicamente dicha operación puede explicarse con dos instituciones bien conocidas: 1) La técnica del reenvío recepticio o material propia del Derecho Internacional Privado, mediante la cual, el autor de la norma reenviante quiere y asume el contenido del acto normativo al que se reenvía como contenido del propio acto normativo. 2) La técnica de la determinación *per relationem* del contenido de una voluntad que pretende efectos jurídicos o negocios <<en blanco>>, propia del Derecho civil, en la que la determinación del contenido negocial queda remitida por el autor de la declaración a un sujeto o a una fuente externa (v.gr. artículo 1.447 Cc).

Ahora bien, la asunción por el legislador tiene lugar siempre y necesariamente dentro de ciertos límites predeterminados de manera expresa en la ley de delegación pues, de lo contrario, ésta constituiría una ley de atribución de plenos poderes prohibida por la Constitución. De ello se deriva que la norma de elaboración administrativa quedará asumida por el Legislativo sólo y en la medida en que haya respetado los límites con que esa asunción se decidió. El rango de ley es predicable del Decreto delegado sólo *intravires* de la delegación; *ultravires* no hay rango de ley posible, porque el Decreto no puede darse a sí mismo un rango superior, como uno no puede levantarse del suelo tirándose de los pelos.

Es más tal degradación se produce no sólo cuando el Decreto legislativo no se ajusta a la ley de delegación sino también cuando incurre en algún vicio de competencia o forma como la aprobación por un solo Ministerio, la

ausencia del dictamen del Consejo de Estado en pleno o la aprobación una vez transcurrido el término en que la delegación era operante (incompetencia *ratione temporis*).

En opinión del autor del presente trabajo la <<teoría de la degradación normativa>> de la legislación delegada es la que mejor se acomoda tanto a la letra y el espíritu de la Constitución como a la actual regulación del ámbito de actuación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en nuestro Derecho. En efecto, los Decretos legislativos únicamente tienen rango de ley en la medida en que el Gobierno actúe dentro de la delegación de la potestad legislativa que le otorgan las Cortes Generales (artículo 82 CE). Por consiguiente, el control *ultra vires* de la legislación delegada es un control de legalidad en la medida en que versa sobre la adecuación del Decreto legislativo a la ley de delegación. Pues bien, la competencia general para conocer del control de legalidad de las disposiciones generales del Gobierno corresponde a la Sala 3ª del Tribunal Supremo de conformidad con los artículos 82.6 CE; 1 y 12.1.a) de la Ley de Jurisdicción de 13 de julio de 1.998, por lo que es a la referida Sala a la que debe atribuirse el conocimiento de los litigios en los que se impugna un Real Decreto legislativo por contradecir la ley delegante o el procedimiento de elaboración legalmente establecido.

D.- Alcance del control de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La competencia para la impugnación directa de los Decretos legislativos *ultra vires* recae en la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (artículo 12.1.a) LJ) . Pues bien, como indica M. BASSOLS COMA⁹², hasta la nueva Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998, en el supuesto de que un Órgano judicial del orden contencioso distinto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo tuviera dudas sobre la conformidad de un Decreto legislativo con los límites de la delegación lo procedente era plantear la cuestión de inconstitucionalidad antes de dictar sentencia (artículo 35 LOTC), dado que formalmente el Decreto legislativo tiene fuerza de ley. En la actualidad, sin embargo, en el supuesto de que tales Jueces y Tribunales contencioso-administrativos conozcan el acto de aplicación de un Decreto legislativo *ultra vires* pueden anularlo por incurrir la norma delegada en la referida infracción, de modo que queda degradada a simple norma reglamentaria ilegal y plantear posteriormente la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia reciente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, objeto de la presente investigación, pone de manifiesto una doctrina consolidada que se inclina sin vacilaciones hacia el criterio favorable al control judicial del Decreto legislativo, facultad que encuentra su razón de ser en la eventualidad

⁹² M. BASSOLS COMA, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales (arts. 123 a 126)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 787-788.

de una extralimitación de las facultades delegadas, ámbito de infidelidad en el que precisamente por ello, el texto refundido no gozaría del rango normativo susceptible de impedir su justiciabilidad. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de 1 de octubre de 1.988 (Ar. 9.123), F.J. 2; 20 de enero de 1.992 (Ar. 652), F.J. 2; 9 de febrero del 2.000 (Ar. 323), F.J. 3; y dos de 10 de febrero del 2.000 (Ar. 789 y 790), en sus respectivos FF.JJ. 3º. Las últimas Resoluciones judiciales evidencian además la asunción de la teoría científica ya expuesta de la delegación recepticia al afirmar (Ponentes: M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA y S. MENÉNDEZ PÉREZ), F.J. 3:

«Desde el punto de vista sustantivo, conviene precisar que la técnica legislativa contenida en el artículo 82 de la Constitución se configura como una delegación recepticia, al adquirir la norma delegada la naturaleza de ley, pero sólo en aquello en que no se sobrepase el límite de la delegación; si se superase tal límite, o se regulase "ex novo" alguna materia, la norma quedaría reducida a un simple reglamento y, por tanto, sometida al control de la potestad reglamentaria, a través de las técnicas que para tal control se establecen en nuestro ordenamiento jurídico y que son ejercitables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; lo que no sería posible si no se produce "ultra vires", porque entonces estaríamos en presencia de una disposición con rango de ley, revisable únicamente por el Tribunal Constitucional.

El proceso lógico, por tanto, que debemos seguir en esta Sentencia, es examinar si los artículos 90.7 y 145 del texto refundido se encuentran dentro de los límites de la delegación y, sólo en caso negativo, determinar si la extralimitación es posible, como consecuencia del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Gobierno por el artículo 97 de la Constitución. Debe tenerse presente, por otra parte, que la delegación efectuada por la disposición final segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al derecho español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre, es la más

amplia de las permitidas por el artículo 82.5 de la Constitución, pues no se circunscribe a la mera formulación de un texto único, sino que incluye también la función de regularizar, aclarar y armonizar las distintas disposiciones que han de ser refundidas, lo que sin duda influirá en el momento de decidir si se ha operado ese plus de poder delegado (...).>>

Por consiguiente, entiendo que el control que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce sobre los Decretos legislativos puede calificarse como de control <<*ultra vires*>> sobre el ejercicio que de la delegación legislativa ha realizado el Gobierno. Y ello porque, desde el punto de vista sustantivo, la técnica legislativa contenida en el artículo 82 CE se configura como una delegación recepticia, al adquirir la norma delegada la naturaleza de ley, pero sólo en aquello en que no se sobrepase el límite de la delegación; si se superase tal límite, o se regulase "ex novo" alguna materia, la norma quedaría reducida a un simple reglamento y, por tanto, sometida al control jurisdiccional de la potestad reglamentaria. Corrobora la anterior afirmación la estimación, por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de recursos indirectos contra Decreto legislativos fundados en la extralimitación de la norma dictada por el Gobierno respecto de la ley de delegación (así, v.gr., Sentencia de la Sección 2ª de 18 de junio del 2.001, Ar. 7.242).

El Tribunal Constitucional ha refrendado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las extralimitaciones o excesos cometidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes de delegación que constituye un problema de legalidad ordinaria (Sentencias 51/1.982 de 19 de julio, F.J. 1; 47/1.984 de 4 de abril, F.J. 3; y Auto 69/1.983 de 17 de febrero, F.J. 3). La primera de las Sentencias citadas de 19 de julio de 1.982

(Ponente: F. TOMÁS y VALIENTE) sentó, por otra parte, la doctrina general del Tribunal Constitucional en relación con el alcance del control por dicho Tribunal de los Reales Decretos legislativos al afirmar en su F.J. 1:

“las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario (artículos 66 y 1.2 C.E.), no obstante lo cual la propia Constitución autoriza al Gobierno para que dicte normas con rango de ley, bien por delegación de las Cortes (Decretos legislativos) o bien bajo la forma de Decretos-leyes en otros determinados supuestos que aquí no interesan (artículos 82 y 86 C. E.). El ejercicio por parte del Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de ley, previa delegación legislativa, está sometido a unos requisitos formales contenidos en el artículo 82 C. E., que tiende a delimitarlo, encuadrándolo en un marco necesariamente más estrecho que aquel en el que se mueven las Cortes Generales en cuanto órgano legislador soberano. **De la anterior consideración se derivan dos importantes consecuencias pertinentes al caso que nos ocupa: a) que un precepto determinado que si emanara directamente de las Cortes no sería constitucional, a no ser por oposición material a la Constitución, puede serlo si procede del Gobierno a través de un Decreto legislativo por haber ejercitado aquél de modo irregular la delegación legislativa; b) que el Tribunal Constitucional, cuando se somete a su control de constitucionalidad por la vía procesal adecuada, como lo es en este caso la cuestión de inconstitucionalidad, un determinado Decreto legislativo debe conocer del mismo en razón de la competencia que le atribuyen los artículos 163 de la C. E. y 27.2.b) L.O.T.C. y ha de resolver (como se dice en el fundamento 2 de la sentencia antes citada) en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales cimentados en la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada, y de otra, si el precepto o preceptos cuya constitucionalidad se cuestione (en este caso la frase final del artículo 137 L.**

P. L.) es, por razón de su contenido, contrario a la Constitución. Es cierto que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha de ejercerse sin perjuicio de reconocer la de otros Tribunales e incluso la eventual existencia de otras formas adicionales de control, como dispone el artículo 82.6 de la Constitución, pero en el presente caso, en el que se cuestiona la constitucionalidad de un determinado precepto por razones formales y materiales y en el que el contenido de la norma cuestionada se refiere a materia constitucionalmente reservada a la ley (artículo 117.3 C. E.), el Tribunal no puede eludir el juicio de inconstitucionalidad y ha de entrar a resolverlo considerando las posibles razones formales como un *prius* lógico respecto a las materiales.”

De acuerdo con la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1.982 de 19 de julio, por consiguiente, el ejercicio por parte del Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de ley, previa delegación legislativa, está sometida a los requisitos formales contenidos en el artículo 82 CE, que tiende a delimitarlo, encuadrándolo en un marco necesariamente más estrecho que aquél en el que se mueven las Cortes Generales en cuanto órgano legislador soberano. De la anterior consideración se derivan dos importantes consecuencias en relación con el control que sobre los Reales Decretos legislativos ejerce el Tribunal Constitucional: a) que un precepto determinado que si emanara directamente de las Cortes no sería constitucional, a no ser por oposición material a la Constitución, puede serlo si procede del Gobierno a través de un Decreto legislativo por haber ejercitado aquél de modo irregular la delegación legislativa; b) que el Tribunal Constitucional, cuando se somete a su control de constitucionalidad por la vía procesal adecuada, como lo es en este caso la cuestión de inconstitucionalidad, un determinado Decreto

legislativo debe conocer del mismo en razón de la competencia que le atribuyen los artículos 163 de la CE y 27.2.b) LOTC y ha de resolver (como se dice en el fundamento 2 de la Sentencia antes citada) en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales cimentados en la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada, y de otra, si el precepto o preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona es, por razón de su contenido, contrario a la Constitución.

En definitiva, la referida Sentencia distingue entre el control de la jurisdicción contencioso-administrativa que alcanza también a la verificación de la legalidad ordinaria del Decreto legislativo y el del Tribunal Constitucional que se limita a comprobar la compatibilidad de la norma del Gobierno con criterios jurídico-constitucionales tanto de forma (artículo 82 CE) como sustantivos.

Una moderna línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional representada por las Sentencias 61/1.997 de 20 de marzo, F.J. 2, 196/1.997 de 13 de noviembre, F.J. 2, y 194/2.000 de 19 de julio, F.J. 11, por otra parte, estima incluido, dentro del control de constitucionalidad, la verificación de que el Decreto legislativo dictado con ocasión de una refundición coincide efectivamente con los textos legales que han de ser refundidos. Ello se hace posible si se tiene en cuenta la situación de potencialidad en que queda la ley delegante (el artículo 82.2 *in fine* CE establece que la delegación legislativa tendrá lugar <<por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo>>), que únicamente se actualiza con la aprobación del Decreto legislativo. El objeto del proceso constitucional es el texto legal resultado de la refundición y no la norma cuyo mandato ese texto expresa. Por

consiguiente, el texto refundido puede ser objeto de control por el Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la verificación de esta condición de validez fijada por el mencionado artículo 82 CE.

En cuanto a la necesaria coordinación entre el proceso administrativo y el proceso constitucional, el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, número 1.125/97, Sección 2ª, de 29 de mayo (Rec. 19), Consideración 5ª, propuso, en los siguientes términos, la suspensión de la tramitación del proceso ordinario hasta que se resuelva el procedimiento tramitado por el Tribunal Constitucional:

“Por otra parte, el Anteproyecto no vuelve a hacer en el resto del texto ninguna referencia específica a la impugnación de este tipo de normas, cuyo control, sin embargo, puede suscitar problemas de articulación con la competencia del Tribunal constitucional. Pese a que en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha distinguido a este respecto entre problemas de constitucionalidad -a los que limitaría su función- y de legalidad – correspondientes a los Tribunales contencioso-administrativos-, pueden darse ámbitos concurrentes que plantean cuestiones a las que la Ley debería dar respuesta (en el lugar sistemático adecuado). Así, por ejemplo, si planteada una cuestión de inconstitucionalidad en relación a un Decreto Legislativo debieran suspenderse los procesos contencioso-administrativos incoados por la impugnación directa o indirecta de aquél, en espera de que el Tribunal Constitucional dicte sentencia, lo que serviría para asegurar que el órgano contencioso-administrativo resuelva de conformidad con aquélla (suspensión que, obviamente, sólo procedería cuando la sentencia del Tribunal Constitucional pueda afectar a la cuestión debatida en el proceso contencioso-administrativo por haberse impugnado en ambas vías las mismas disposiciones del Decreto Legislativo).”

A este respecto, ha de señalarse que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en la práctica, viene demorando la resolución de los procesos hasta que el Tribunal Constitucional no dicta la correspondiente Sentencia. Así ocurrió con la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1.997 (Ar. 5.382. Ponente: J. BARRIO IGLESIAS) respecto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 61/1.997 de 20 de marzo (Ponentes: E. RUIZ VADILLO y P. GARCÍA MANZANO) dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto Legislativo 1/1.992, de 26 de junio que aprobó el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

La mayoría de los autores partidarios de la teoría de la degradación normativa (F. GARRIDO FALLA, J. GONZÁLEZ PÉREZ, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. PUJALTE CLARIANA⁹³) defienden que el control de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto, en primer término, examinar si se han excedido en su regulación respecto de los límites establecidos en la ley de delegación en cuyo caso incurrirán en *ultra vires*, teniendo dicha regulación la consideración de norma reglamentaria. Pero, además, estiman que el control judicial debe alcanzar a verificar si el Decreto legislativo se ha dictado cumpliendo el procedimiento legalmente establecido (v.gr., si se ha emitido el preceptivo informe del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Decreto legislativo conforme dispone el artículo

⁹³ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 268; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 138; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 229-233; E. PUJALTE CLARIANA, *La ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. Baena del Alcázar), <<El objeto del recurso (arts. 25 a 42)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 239.

21.1 LOCE) y si la regulación de la norma delegada contraviene el contenido de la ley delegante.

J.A. SANTAMARÍA PASTOR⁹⁴, no obstante la coincidencia doctrinal existente entre los autores partidarios de la teoría de la degradación normativa, realiza un pormenorizado examen de los efectos que respecto de la validez del Decreto legislativo tienen las distintas infracciones del Ordenamiento jurídico en que los mismos pueden incurrir:

1.- Infracción por la norma delegante de los artículos 82 a 85 CE: la consecuencia es la nulidad de la ley de delegación que se comunica a la norma delegada (v.gr., cuando un texto articulado dictado en desarrollo de una ley de bases que no señale principios y criterios a seguir o plazo alguno para la articulación).

2.- Infracciones de los límites extrínsecos al mecanismo de delegación: 1) el procedimiento de elaboración del Decreto legislativo regulado en leyes formales; 2) las propias normas de la Constitución española de los artículos 82 a 85, que disciplinan concretamente el régimen de delegación y su ejercicio. En todos estos supuestos, la consecuencia lógica e indiscutida es la de la nulidad de Decreto legislativo (bien en su totalidad, bien de aquéllas de sus normas en las que se concrete la infracción).

3.- Infracciones de los límites intrínsecos, esto es, impuestos por la propia ley delegante. La doctrina oscila entre predicar la nulidad de la norma delegada y su degradación de rango, esto es, su calificación en determinados

⁹⁴ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pp. 679-681. Vid. también, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000 (reimpresión 2.001), pp. 298-301.

casos como mera norma reglamentaria. Para clarificar el panorama es preciso comenzar distinguiendo los siguientes tipos de infracciones:

A) Vulneraciones de los condicionantes formales impuestos por la ley delegante (básicamente el plazo de ejercicio de la delegación, pero también otros requisitos de procedimiento que la ley puede establecer al amparo del artículo 82.6 CE).

B) Vulneraciones de los condicionantes materiales también establecidos por aquélla. Y a su vez, dentro de éstos últimos podrían subdividirse según que se trate de infracciones: a) por contradicción (p.ej., la norma de un texto articulado que contradice el contenido de una de las bases; o la de un texto refundido que contradice el contenido de una norma refundida); b) por exceso (p.ej., la norma de un texto articulado que no desarrolla, directa ni indirectamente, ninguna de las bases, o que regula materias distintas de la delegada; o la de un texto refundido que incluye normas no contenidas en las disposiciones a refundir, ni aclaratorias de éstas), o, finalmente, c) por defecto (p.ej., omisión de normas por el texto refundido que debieran haberse incluido en el mismo; o el desarrollo fragmentario de la ley de bases).

Pues bien, en alguna de las hipótesis mencionadas, entiende el citado autor que la sanción de nulidad parece indiscutible. Así sucede en el caso de: 1) las infracciones de los condicionantes formales adicionales del procedimiento impuestos por la ley delegante (incluido el plazo como consecuencia inevitable del carácter temporalmente limitado de la delegación legislativa otorgada que va unida a su forma de ley, esto es, a su rotulación como Real Decreto legislativo); y 2) las infracciones materiales por contradicción.

9.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

A.- Delimitación jurídica de la pasividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En cuanto a la delimitación jurídica de la inactividad administrativa del Gobierno, A. NIETO GARCÍA distingue entre la pasividad de la Administración dentro un procedimiento administrativo (que sería el supuesto de la *inactividad formal*) y fuera del mismo (que es el caso de la *inactividad material*). Pues bien, cabe destacar que los supuestos de inactividad material alcanzan especial trascendencia jurídica cuando existe una obligación de actuar impuesta directamente por las normas o por un acto de autovinculación de la Administración o cuando media un derecho del administrado. De esta manera, la inactividad reglamentaria se podría definir como una inactividad jurídica de la <<Administración>> fuera de un procedimiento que recae sobre una disposición general cuando existe una obligación de actuar tal potestad normativa.

La atribución de poderes normativos al Gobierno de la Nación tiene su origen en la necesidad de asegurar la ejecución y cumplimiento de las leyes.

En efecto, como afirman A. NIETO GARCÍA y M. GÓMEZ PUENTE, el legislador renuncia frecuentemente a dictar normas directamente operativas por falta de tiempo, de competencia técnica o debido a la complejidad de la materia. Se limita a establecer las directrices y criterios generales o los contenidos normativos que considera básicos o esenciales sobre una determinada materia y confía a la Administración (en el presente estudio al Gobierno que asume la dirección superior de la Administración General del Estado y ejerce potestades administrativas) la regulación complementaria mediante el correspondiente desarrollo reglamentario. Se trata de una técnica que se encuentra en otros lugares del Ordenamiento jurídico (v.gr., los principios rectores de la política económica y social del Capítulo III del Título I de la Constitución cuyo desarrollo compete al legislador). El Gobierno, por lo tanto, tiene ante todo el deber de ejecutar la ley por lo que existe un deber administrativo de dictar reglamentos de ejecución de las leyes. Y tal deber se fundamenta en el carácter incompleto de las normas legales que impone la necesidad de asegurar su aplicabilidad; y en la función de ejecución que le corresponde conforme al artículo 97 CE⁹⁵. Así pues, puede concluirse que el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Consejo de Ministros para la ejecución de las leyes no es completamente discrecional o facultativo, sino que constituye un deber a cargo del Ejecutivo siempre que la efectividad y aplicabilidad de la ley dependa del complemento reglamentario y, con mayor razón, cuando es la propia ley la que expresamente encarga dicho desarrollo normativo.

⁹⁵ A. NIETO GARCÍA, *La inactividad material de la Administración. Veinticinco años después*, Documentación Administrativa, número 208, abril-diciembre, 1.986, pp. 55-56. M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano, 2.000, pp. 302-303. Ambos autores citan a K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en sus ediciones de 1.962, pp. 174-175 y en una edición posterior :Traducción de Rodríguez Molinero, 2ª edición (de la 4ª alemana, 1.979), Editorial Ariel, Barcelona, 1.980, pp. 242- 259. El autor alemán afirma que esta forma de coproducción normativa revela la existencia de proposiciones jurídica incompletas que son aquellas normas en las que el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica debe concretarse por relación a otras normas jurídicas integrantes, todas ellas, de un mismo orden superior de cuya validez participan.

En cualquier caso, conviene recordar que el Ordenamiento jurídico se encuentra siempre en condiciones para dar una respuesta a todos los casos que se planteen. Por consiguiente, siempre habrá una regla de Derecho aplicable para resolver un asunto concreto acudiendo si fuera preciso a la interpretación analógica de las normas (artículo 4 Cc) o a la aplicación directa del texto constitucional. La omisión se produce en el plano de la aprobación de un específico Real Decreto reglamentario que desarrolla el contenido de un determinado texto legal y no en la de la norma de Derecho⁹⁶.

B.- La inactividad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno como objeto de la pretensión de la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La potestad reglamentaria del Gobierno se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho siendo competentes los Tribunales de justicia (artículo 117 CE) para verificar que el ejercicio de la potestad reglamentaria se realiza de conformidad con el Ordenamiento jurídico en su conjunto (artículos 103.1 y 106.1 CE). El poder reglamentario de la Administración entraña deberes jurídicos cuyo cumplimiento han asegurar los Tribunales de justicia. El carácter funcional y normativo de tales deberes administrativos no deja lugar a dudas sobre su naturaleza jurídica y por lo tanto sobre la posibilidad de denunciar su incumplimiento ante la propia

⁹⁶ F. J. DÍAZ REDONDO, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 61, enero-abril, 2.001, p. 83, se pronuncia en este sentido en su análisis en relación con los supuestos de omisiones legislativas de desarrollos constitucionales.

Administración pública obligada y, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo recordarse en este punto que la Constitución reconoce el derecho fundamental de todas las personas a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (artículo 24.1 CE).

Pues bien, la consecuencia lógica del esquema constitucional expuesto en relación con las diversas manifestaciones de la actuación administrativa es la desaparición de los ámbitos inmunes al control jurisdiccional, entre los que cabe incluir, si alguna duda cupiera antes de la aprobación del texto constitucional, la inactividad de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la configuración del recurso contencioso-administrativo como un proceso objetivo destinado a la protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares⁹⁷.

El origen histórico del control jurisdiccional de la actividad reglamentaria del Gobierno se encuentra, como es sabido, en el recurso por *excés de pouvoir* diseñado por el Consejo de Estado francés como <<proceso hecho a un acto>> en el que el recurrente más que defender algo propio ejercía la función de Ministerio Público que actúa en interés de ley y que pasó a nuestro sistema jurisdiccional durante el siglo XIX. La Ley liberal constituye sólo un límite al poder público que excluye la intervención de éste en la esfera de los intereses que se reservan a la libre disposición del individuo y que se resume en los valores de libertad y propiedad. A partir de entonces, la jurisdicción contencioso-administrativa se configuró en España como un proceso objetivo destinado a resolver sobre la conformidad a Derecho del acto

⁹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy*, Documentación Administrativa, número 220, octubre-diciembre, 1.989, pp. 11-12.

administrativo. Dicho carácter continuó, al menos parcialmente, presente en la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1.956, pues como afirmaba el artículo 1º su objeto específico era el conocimiento de las pretensiones que se dedujeran en relación con los actos de la Administración pública sujetos a Derecho administrativo y las disposiciones de categoría inferior a Ley. El objeto del proceso eran las pretensiones de los particulares pero fundadas en la existencia previa de un acto administrativo o de un reglamento.

La vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1.998 ha asumido plenamente las exigencias constitucionales de justicia plenaria orientada a la tutela de los derechos e intereses ilegítimos de las personas⁹⁸. El objeto del proceso administrativo se concreta ahora en las pretensiones que se deduzcan en relación con <<la actuación>> de las Administraciones públicas y con las disposiciones generales con rango inferior a Ley y con los Decretos legislativos en cuanto excedan los límites de la delegación. Pues bien por <<actuación>> cabe entender también, como indica el apartado II de la Exposición de Motivos de la propia Ley de la Jurisdicción, las inactividades u omisiones de actuaciones en la medida en que expresan también la voluntad de la Administración que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley. La nueva Ley Jurisdiccional ha eliminado, por consiguiente, el carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, declarando que la inactividad por la Administración en el cumplimiento de una obligación legal (por ejemplo

⁹⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, Revista de Administración Pública, número 152, mayo-agosto, 2.000, pp. 95 y 101. Asimismo, cabe mencionar sobre la conformación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, A. NIETO GARCÍA, *Los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, Revista de Administración Pública, número 50, mayo-agosto, 1.966, pp. 39 y 49.

dictar un Real Decreto reglamentario) es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo tiene declarado que cabe admitir por la jurisdicción contencioso-administrativa una pretensión de condena a la Administración General del Estado a elaborar o promulgar un Real Decreto reglamentario, siendo ciertamente más difícil admitir la posibilidad de sustitución judicial de la inactividad administrativa. En este sentido, se pronuncian las Sentencias analizadas de 14 de diciembre de 1.998 (Ar. 154/1.999), F.J. 2, y 11 de junio de 1.999 (Ar. 6.395), F.J. 2, y el voto particular de la Sentencia de 23 de enero de 1.998 (Ar. 1.261), FF. JJ. 1 y 2. Concretamente, la Sentencia de la Sección 4ª de 14 de diciembre de 1.998 (Ar. 154/1.999. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), F.J. 2, afirma:

“Es cierto que **las pretensiones deducidas frente a la omisión o, en general, inactividad reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional.**

Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable «*ad limine*», sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición

reglamentaria, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter. Es éste un problema sustantivo diferenciable, sin embargo, del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas Fiscales en el artículo 85 de la Ley Jurisdiccional de 1956, dispone que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados». Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición políticoconstitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla.”

La doctrina legal mantenida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo estima, por consiguiente, que el control de la inactividad del Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria constituye un problema sustantivo distinto de la extensión que deba tener el control judicial de dicha inactividad que se limita a los elementos reglados de la potestad reglamentaria. En efecto, la jurisdicción contencioso-administrativa puede resolver una pretensión de

condena a la Administración General del Estado a elaborar y promulgar un Real Decreto reglamentario en aquellos supuestos en los que concurra una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter. Sin embargo, el poder de sustitución de la jurisdicción contenciosa no alcanza al contenido que puedan tener los preceptos reglamentarios requeridos pues dicha decisión forma parte de la discrecionalidad político-constitucional inherente a la potestad normativa del Ejecutivo.

C.- El alcance del control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria del Ejecutivo.

En relación con los efectos que cabe atribuir a la situación de pasividad del Gobierno en el ejercicio de su poder normativo, M. GÓMEZ PUENTE⁹⁹ distingue cuatro supuestos de remisión legal a una ulterior normativa reglamentaria. En concreto, alude a los siguientes casos:

1) La ley expresamente se remite a la regulación reglamentaria señalando un plazo para dictar ésta.

El ejercicio u omisión de la potestad reglamentaria implica una vinculación jurídica y no política. Por amplia que sea la discrecionalidad reconocida a la Administración se trata del desarrollo de una función

⁹⁹ M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano, 2.000, pp. 304-316.

administrativa, y no de funciones político-constitucionales a pesar de estar regulado su ejercicio actualmente en la Ley del Gobierno 50/1.997 de 17 de noviembre. Pero si la existencia de un deber jurídico de dictar un reglamento parece evidente, no está tan clara la naturaleza, indicativa o imperativa del plazo o término legal.

Así la vulneración del plazo establecido para dictar el reglamento implica que la disposición general incurre en un vicio de forma. Y, en este punto, el autor entiende aplicable a la disposición general lo dispuesto en el artículo 63.2 LRJAPYAC, según el cual, <<el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o produzca indefensión>> por lo que llega a la conclusión de que no se le reconoce virtualidad anulatoria salvo que se configure expresamente con carácter esencial.

El autor de la presente tesis doctoral opina por el contrario que el precepto indicado es propio de la regulación de las consecuencias que los vicios de forma ocasionan a los actos administrativos pero no a las disposiciones reglamentarias, cuya determinación se encuentra en el artículo 62.2 LRJAPYAC y que acarrea la nulidad del reglamento contrario a la Ley. Ello, no obstante, estimo que ha de tenerse en cuenta el carácter que la ley remitente haya atribuido al plazo para ejecutar el desarrollo reglamentario pues, salvo mención en contrario, el mismo tendrá carácter meramente indicativo. A este respecto, la jurisprudencia analizada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo mantiene esencialmente, como ya he expuesto en el Capítulo relativo al procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios, dos conclusiones: a) El Gobierno es el titular originario de la potestad reglamentaria por lo que el incumplimiento del plazo no supone un

desapoderamiento de dicha potestad (Sentencias de 14 de octubre de 1.997 (Ar. 8.651), F.J. 5; 27 de marzo de 1.998 (Ar. 2.858), F.J. 1); y b) no estamos ante un plazo de caducidad por lo que se admite su interrupción atendiendo a la concurrencia de causas justificativas [Sentencias de 12 de enero de 1.990 (Ar. 335), F.J. 5; 18 de julio de 1.991 (Ar. 6.350), F.J. 5; 1.997\6.429, F.J. 7].

La inobservancia del plazo establecido en la ley para dictar un reglamento puede suponer el incumplimiento de un deber legal, lo que en relación con el objeto de estudio de este trabajo de investigación, pone a la Administración General del Estado en una situación de mora que puede determinar la exigencia de responsabilidad de los funcionarios responsables en la tramitación del procedimiento (artículo 41 LRJAPYAC) y, finalmente, permitir reclamar responsabilidad patrimonial de la citada Administración siempre que concurren los requisitos exigidos para su planteamiento (artículo 139 LRJAPYAC).

2) La ley expresamente se remite a la regulación reglamentaria sin determinar plazo alguno para dictar el reglamento.

La falta de plazo legal hace mucho más difícil la determinación no tanto de la existencia de un deber de dictar el reglamento cuanto de su exigibilidad. Es razonable pensar que la ausencia de plazo responde a la voluntad del legislador de reconocer a la Administración (v.gr. a la del Estado) un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero resulta igualmente razonable pensar que la facultad discrecional de la Administración no es absoluta, sino que tiene como límites el propio fin de la ley, la

satisfacción de sus objetivos, así como los principios generales del Derecho o los que modulan el ejercicio mismo de la función administrativa. Y precisamente, la jurisprudencia francesa se ha servido del criterio de la <<razonabilidad>> para resolver estos supuestos, noción que maneja con mucha flexibilidad y que en realidad le permite hacer un juicio de las circunstancias que concurren en el caso concreto de la omisión reglamentaria.

3) Falta una remisión de la ley al reglamento.

La falta de una cláusula general de remisión normativa a favor de la Administración parece excluir, en principio, la colaboración reglamentaria en el proceso de ejecución normativa pues existe una reserva formal o material de ley. En estas condiciones, resulta obvio que es imposible sostener la existencia de un deber legal de dictar reglamentos o considerar que la pasividad reglamentaria constituye un caso de inactividad (v.gr., STS de 6 de octubre de 1.986, Ar. 5.299). No existe deber legal de actuar donde ni siquiera existe capacidad legal para hacerlo.

4) Materias reservadas a la ley carentes de regulación legal.

Si la regulación de una materia se haya reservada a la ley en la Constitución, a falta de regulación legal, ninguna duda ofrece el que no haya posibilidad constitucional de ejercitar la potestad reglamentaria. Y tampoco que no concurra en el Gobierno ningún deber en su ejercicio por lo que tal hipótesis ha de quedar totalmente descartada.

Quien redacta estas líneas entiende que en los supuestos de remisión legal a una ulterior normativa reglamentaria del Gobierno ha de entenderse exigible a la Administración General del Estado la elaboración de un Real

Decreto reglamentario, y ello exista o no un plazo establecido en las disposiciones finales de la ley para dictarlo. En efecto, transcurrido un periodo de tiempo <<razonable>> sin que el Ministerio competente en la materia inicie la elaboración de la norma reglamentaria, la Administración del Estado habrá incurrido en mora. Podría, no obstante, igualmente añadirse a los supuestos de inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno condenable judicialmente, el caso de una remisión tácita de la ley al reglamento del Ejecutivo si de la inactividad de la Administración del Estado derivara una situación contraria a la propia regulación legal o incluso al texto constitucional (v.gr., cuando la falta del Real Decreto normativo impide el ejercicio efectivo de un derecho fundamental).

Merece destacarse igualmente la referencia que hace M. GÓMEZ PUENTE¹⁰⁰ a los supuestos en que el Derecho Comunitario se incumple por no dictarse una medida reglamentaria por la Administración de un Estado nacional. Pues bien, en tales casos al control propio de los órganos comunitarios (Comisión, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) ha de superponerse el control ejercido por el Estado nacional. Los jueces ordinarios en el supuesto de omisión de una medida reglamentaria que obstaculiza la aplicación y efectividad del ordenamiento comunitario (normalmente una Directiva o un Reglamento comunitario incompleto) deben suplir la omisión normativa o inaplicar la normativa anticomunitaria a favor de la norma europea por imperativo del efecto directo del Derecho propio de las Comunidades. La jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las

¹⁰⁰ M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano, 2.000, pp. 359-360.

Comunidades Europeas así lo ha entendido, v.gr., Sentencias <<Van Duyn>> de 4 de diciembre de 1.974, <<Ratti>> de 5 de abril de 1.979, <<Ursula Becker>> de 29 de enero de 1.982 o <<Marshall>> de 26 de febrero de 1.986.

Los Tribunales españoles aplican sin dificultad la doctrina del efecto directo en los supuestos de <<inactividad normativa absoluta>>. Pero cuando se han dictado normas nacionales de desarrollo aunque sean incompletas (<<inactividad relativa>>) o contradictorias, se constatan dos tendencias jurisprudenciales: Para la primera (SSTS de 23, 26, 28 y 30 de noviembre de 1.990 [Ar 1.704, 3.439, 2.441 y 3442 de 1.991]), el efecto directo de las directivas queda reservado para la inactividad administrativa de carácter absoluto. Para la segunda, más acertada según el referido autor, el efecto directo de las directivas se extiende a toda omisión legal o reglamentaria absoluta o relativa [SSTS 13 de junio de 1.991 (Ar. 5.147, Sala 4ª) y 13 de julio de 1.991 (Ar. 5.895, Sala 3ª)].

A. NIETO GARCÍA¹⁰¹ concluye que en el caso de que el particular recurra ante la jurisdicción contencioso-administrativa un supuesto en el que sea exigible al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria (v.gr. remisión al reglamento para la ejecución de una ley con determinación de un plazo para su ejercicio), la sentencia de condena resulta elemental, opinión que comparto. Y añade el citado autor que, en ocasiones, parece acertado incluir en la sentencia un precepto positivo que sustituya la omisión reglamentaria, al menos cuando las directrices de la ley sean lo suficientemente claras, para con ello desbloquear la parálisis de la ley y hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma. Entiendo sin embargo que, en cuanto a esta última afirmación, el

¹⁰¹ A. NIETO GARCÍA, *La inactividad material de la Administración. Veinticinco años después*, Documentación Administrativa, número 208, abril-diciembre, 1.986, pp. 61-63.

Tribunal no podrá determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos reglamentarios pues supone una invasión en el ámbito de competencias del Gobierno expresamente prohibida por el artículo 71.2 LJ. La función judicial no alcanza a determinar la redacción de la disposición omitida.

Coincido, por el contrario, con el mencionado autor en que el contenido de la sentencia que dicte el Tribunal Supremo puede adoptar dos modalidades: a) en el caso de <<inactividad formal>> (reclamación de un particular ante la paralización prolongada del procedimiento de elaboración de un reglamento), la anulación del acto administrativo desestimatorio de la reclamación del particular y, eventualmente, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de daños y perjuicios¹⁰²; y b) en caso de la <<inactividad material>> jurídica en sentido estricto (silencio administrativo ante una petición expresa de ejercicio de la potestad reglamentaria), la condena a la Administración, ordenándole que cese en su actitud, con la posibilidad de insertar instrucciones concretas sobre el alcance de la actividad que debe realizarse, y eventualmente el señalamiento de daños y perjuicios¹⁰³ (v.gr., Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1.978¹⁰⁴).

¹⁰³ M.J. MONTORO CHINER, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional <<versus>> fracaso legislativo*, Revista de Administración Pública, número 110, mayo-agosto, 1.986, pp. 324-325. Expone la regla contenida en el artículo 75 VwGO que posibilita un acceso directo a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin recurso administrativo previo, al efecto de que el juez conmine a dictar la resolución oportuna, que se traduce en una vía formal o procesal para activar la conducta de la Administración, sin influir, por lo general en la decisión de fondo. Dicho precepto, por otra parte, parece haber influido en la actual redacción del artículo 29 LJ.

¹⁰⁴ E. COCA VITA, *Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración (Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 1.978, Ponente: Martín de Hijas y Muñoz)*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril-junio, 1.978, pp. 293-299. El autor examina la indicada resolución judicial que condenó al Ministerio de Educación y Ciencia a que adoptara las medidas oportunas que le correspondían para fijar, de acuerdo con la Jerarquía Eclesiástica, la remuneración de los profesores de

Finalmente, cabe indicar que la jurisprudencia examinada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha especificado los supuestos concretos en los que puede declararse la existencia de una ilegalidad omisiva en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno. A este respecto, pueden citarse las Sentencias de la Sección 4ª de 16 de enero de 1.998 (Ar. 566), F.J. 4, y 14 de diciembre de 1.999 (Ar. 154), F.J. 3. La primera de las Resoluciones Judiciales (Ponentes de ambas: R. FERNÁNDEZ MONTALVO) declara [F.J. 4]:

“La doctrina de esta Sala es, sin duda, restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal. En efecto, la consideración de que la potestad reglamentaria se encuentre íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental (STS 6 noviembre 1984), dificulta que aquél pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción

Religión en Centros Oficiales de Enseñanza Media de forma análoga a la establecida para el profesorado interino y contratado por vulnerar la situación precedente, de falta de regulación reglamentaria al respecto, el artículo 54 de la Ley de Ordenación de Enseñanza Media de 26 de febrero de 1.953.

(STS 26 febrero 1993). Únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Aunque en este caso de omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico, sin imponer a esta norma un determinado contenido.”

En consecuencia, la doctrina legal mantenida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en relación con la determinación de en qué circunstancias puede recurrirse la omisión por el Gobierno de una determinada regulación reglamentaria se concreta, en los dos siguientes supuestos.

1) El que podemos denominar de <<omisión absoluta>> que concurre cuando siendo competente el Ejecutivo para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar. En este caso, tratándose de una omisión del Gobierno, se impone lógicamente la condena por el Tribunal Supremo a la Administración General del Estado para que desarrolle reglamentariamente la norma legal.

2) Y el de <<omisión relativa>> que se produce cuando el silencio de un Real Decreto reglamentario ya en vigor determina la creación implícita de una

situación jurídica contraria a la Constitución o al Ordenamiento jurídico. Y en este último caso, la referida Sentencia entiende que la labor judicial puede limitarse a negar eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario a Derecho. La mencionada conclusión, sin embargo, no impide que la autoridad judicial en un caso concreto de <<omisión relativa>> pueda considerar oportuno imponer al Gobierno que regule un determinado contenido no previsto en la norma.

10.- LA NULIDAD DE PLENO DERECHO COMO SANCIÓN JUDICIAL DE LOS REGLAMENTOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En el presente apartado voy a tratar de exponer el significado y régimen jurídico de las declaraciones de nulidad emitidas por Órganos judiciales con ocasión del control de los Reales Decretos reglamentarios. Dicha declaración de nulidad coincide en su contenido y alcance con la emitida por el Consejo de Ministros cuando conoce en un recurso de revisión de oficio de un reglamento aprobado mediante Real Decreto (artículo 102.2 LRJAPYPAC), ya expuesto en el Capítulo correspondiente a los procedimientos de control de la función normativa por la propia Administración del Estado. En consecuencia, realizaré una breve descripción de las posturas doctrinales existentes en relación con el contenido de la declaración judicial de nulidad para pasar a exponer, seguidamente, los principales caracteres del régimen jurídico de dicha declaración, tal y como se deducen de la jurisprudencia examinada; así como su alcance en relación con los actos dictados en aplicación de los Reales Decretos anulados.

A.- Contenido de la declaración judicial de nulidad de una disposición general.

La doctrina científica, como ya examiné en el Capítulo relativo al control de la potestad reglamentaria del Gobierno por la propia Administración, se encuentra dividida en relación con la naturaleza jurídica de la declaración judicial de nulidad que efectúa el Tribunal Supremo cuando estima contrario a Derecho un Real Decreto reglamentario. En efecto, cabe distinguir claramente dos posiciones doctrinales:

1) La declaración judicial de nulidad de la disposición general del Gobierno es en todo caso de nulidad de pleno derecho.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰⁵ mantiene que el Ordenamiento jurídico vigente establece para los reglamentos ilegales la sanción de nulidad de pleno derecho, radical o absoluta. La declaración de nulidad, en consecuencia, no está sometida a plazo y puede instarse en cualquier momento ante los Tribunales. El consentimiento del afectado no añade ni quita nada, es perfectamente intrascendente. El simple transcurso del tiempo tampoco sana la norma viciada. Además, la nulidad de pleno derecho produce efectos en cadena y se comunica a los actos y normas subsiguientes de forma automática. Este régimen tan riguroso se justifica por la gravedad de los vicios a los que se aplica esta sanción. Se trata, en efecto, de vicios que trascienden el puro interés de los particulares y que afectan al interés general, al orden público según la expresión tradicional de nuestra antigua jurisprudencia.

¹⁰⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 221-222.

Y la justificación del carácter absoluto de la nulidad de las disposiciones generales en nuestro Derecho estriba en que toda infracción del Derecho en que incurra un reglamento supone una infracción de una norma legal o constitucional de superior jerarquía. Basta pensar que si la ilegalidad de un reglamento determinase una mera anulabilidad de forma que sólo pudiese ser hecha valer a través de la impugnación dentro de un plazo breve por la persona o personas inmediatamente afectadas por el mismo, quedaría al arbitrio de éstas todo el sistema de producción normativa y se habría introducido una nueva causa de derogación de las leyes formales, la derogación por un simple reglamento cuando transcurriesen los plazos de impugnación sin formularla. Por consiguiente, todo reglamento que rebase los límites formales y sustanciales que acantonan el ámbito de ejercicio lícito de la potestad reglamentaria incurre en un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho.

R. GÓMEZ-FERRER MORANT, por su parte, defiende expresamente la sanción de nulidad de pleno derecho de las disposiciones generales no sólo cuando el vicio afecta al contenido del reglamento sino también cuando se trate de un vicio de competencia o procedimiento fundándose en la teoría del reglamento como <<acto jurídico unitario>>. La disposición general es un acto jurídico unitario de la Administración que está constituido por diversos elementos (competencia, procedimiento, fin, contenido, forma, etc) y que no puede identificarse exclusivamente con su contenido. Por ello, la disposición general es contraria a la Ley –y por ende nula de pleno derecho-, cuando vulnera cualquiera de tales elementos.¹⁰⁶

¹⁰⁶ R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, p. 390. El autor sostiene, asimismo,

2) La declaración judicial de nulidad de una disposición general aprobada por el Consejo de Ministros, a la vista de la legislación y la jurisprudencia existente, puede ser de nulidad de pleno derecho o de mera anulación dependiendo del tipo de infracción cometida.

F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA¹⁰⁷ afirman que, a la vista de la regulación legal vigente (artículo 62.2 LRJAPYAC), ha de respetarse en este punto la postura tradicional de la doctrina administrativa distinguiendo los supuestos en los que la infracción lo es de una norma de procedimiento (en cuyo caso han de seguirse, como regla, los mismos criterios que para los actos no normativos en cuanto a supuestos determinantes de nulidad y anulabilidad) y las demás infracciones determinantes de nulidad absoluta. La fórmula del citado artículo («También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales») es, desde luego, más concreta y clara que la utilizada por el derogado artículo 47.2 LPA («también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 LRJAE»), pero hay que convenir en que no varía sustancialmente los supuestos que expresamente eran determinantes de nulidad de pleno derecho

que el acto jurídico de la Administración que es el reglamento constituye, por lo demás, una categoría administrativa distinta de la del acto administrativo citando, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1.977 (Ar. 148), F.J. 4.

¹⁰⁷ F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1.992 y 4/1.999)*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 271-219.

de los reglamentos: los contrarios a las leyes (y, por supuesto a la Constitución), a las disposiciones de rango jerárquico superior y los que invadan el ámbito de las materias reservadas a las leyes. En este último punto, el artículo 23.2 LG es más expresivo al recordar que los reglamentos no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público. Finalmente, la precisión del artículo 62.2 LRJAPYAC de que lo serán también las disposiciones retroactivas sancionadoras no favorables no es más que una enfatización innecesaria, por cuanto su retroactividad está vedada directamente por la Constitución.

En esta postura de equilibrio entre dogmatismo y ponderación de los intereses en juego, los citados autores sostienen que toda disposición general, como la que dicta el Ejecutivo, puede ser anulada *en cualquier momento* (aspecto éste coincidente con el régimen de nulidad de pleno derecho) pero la eficacia de la declaración de nulidad no se extiende necesariamente a la totalidad de los actos producidos en aplicación de la disposición anulada de modo que los efectos <<*ex tunc*>> de la declaración de nulidad son limitados y discutibles.

J. M. BOQUERA OLIVER¹⁰⁸ mantiene, asimismo, que los Tribunales contencioso-administrativos pueden declarar tanto la nulidad como la anulación de las disposiciones generales dependiendo del vicio en el que

¹⁰⁸ J.M. BOQUERA OLIVER, *La impugnación e inaplicación de los reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 149, mayo-agosto, 1.999, p. 31.

incurran. Dicho autor, además, sostiene que las sentencias que anulan un precepto de un reglamento no afectan a los actos firmes que lo han aplicado con anterioridad (efecto <<*ex nunc*>>) mientras que las sentencias que declaran nulo un precepto de una disposición general sí que afectan a los actos firmes que lo han aplicado, pues de lo contrario, la nulidad del reglamento no tendría efecto <<*ex tunc*>> y lo mismo daría declarar el precepto reglamentario nulo que anulado.

Las Sentencias examinadas de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sostienen como doctrina jurisprudencial que nuestro Derecho positivo sanciona con nulidad de pleno derecho los reglamentos ilegales y la sentencia que declare ilegal un reglamento produce efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por la misma. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de 11 de diciembre de 1.992, Ar. 9.162, F.J. 1; 14 de octubre de 1.996, Ar. 8.651, F.J. 1. En concreto, la última de las citadas (Ponente: E. ESCUSOL BARRA) declara [F.J. 1º]:

“Teniendo en cuenta que nuestro derecho positivo sanciona con **la nulidad de pleno derecho a los reglamentos ilegales** (artículo 28 de la LRJAE y artículo 62.2 de la LRJ-PAC y antes artículo 47.2 de la LPA), y que la sentencia que declare ilegal un reglamento tiene **eficacia erga omnes** (artículo 86.2 de la LJCA), adquiere relevancia máxima la labor de los Tribunales, obliga a éstos a tener que poner el reglamento cuya validez se cuestione en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la Ley que desarrollen), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del CC), en aras

del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.”

En definitiva, la referida doctrina jurisprudencial sobre el contenido y alcance del fallo que declare la nulidad de un reglamento aprobado por Real Decreto en relación con la eficacia de la sentencia no hace sino remitirse al régimen general de invalidez de las disposiciones generales del artículo 62 LRJAPYPA (antiguo artículo 47.2) y al artículo 72.2 LJCA (antiguo artículo 86.2 LJCA).

La referida afirmación de que los reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho choca, sin embargo, con la jurisprudencia reiterada que viene manteniendo, al menos hasta la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción, la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar el reglamento (a menos, claro está, que se interprete que la expresión <<reglamentos ilegales>> alcanza sólo a los que vicios de contenido) porque la nulidad de pleno derecho es alegable en cualquier tiempo.

Entiendo, por lo tanto, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene la existencia de dos regímenes de nulidad, relativo y absoluto, de las disposiciones generales según el tipo vicio en que los mismos incurran (de procedimiento o de contenido) si bien los efectos son en todo caso los del artículo 73 LJ. Así, como ya he expuesto en el apartado correspondiente al recurso indirecto, son expresión de esta postura del Tribunal Supremo, en relación con los motivos admisibles para la interposición de este tipo de recurso, las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre

de 1.989 (Ar. 8.328), 13 de marzo de 1.990 (Ar. 2.523), 23 de enero de 1.992 (Ar. 769), 7 de mayo de 1.991 (Ar. 3.973), 1 de julio de 1.992 (Ar. 6.103), 11 de mayo de 1.993 (Ar. 3.612), 23 de junio de 1.993 (Ar. 4.584), 17 de noviembre de 1.993 (Ar. 8.220). 18 de junio de 1.992 (Ar. 5.290), 28 de septiembre de 1.994 (Ar. 7.117) y 24 de enero de 1.997 (Ar. 2.384)¹⁰⁹.

Finalmente, en relación con la cuestión comentada, P. GARCÍA MANZANO¹¹⁰ destaca que en la redacción del artículo 73 de la nueva LJCA de 13 de julio de 1.998 quizás hubiera sido más acertado aludir sin más a las sentencias declarativas de la nulidad de disposiciones generales, en lugar de referir el supuesto de hecho a sentencias anulatorias de concretos preceptos de la norma reglamentaria (“sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general”) lo que sugiere una hipótesis legal más restringida: nulidad, por razón de fondo o contenido, de disposiciones objeto de recurso directo. Sin embargo, considera que no existe base para tal interpretación restrictiva de la nulidad de las normas reglamentarias causada por vicios formales, como son los de competencia del órgano que dicta la norma o los cometidos durante el procedimiento de elaboración de la misma.

B.- Régimen jurídico de la declaración judicial de nulidad de los Reales Decretos reglamentarios en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

¹⁰⁹ Sentencias citadas por J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio) Vol. I*, Editorial Cívitas, 3ª edición, Madrid, 1.998, p. 672.

¹¹⁰ P. GARCÍA MANZANO, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<Terminación del Procedimiento>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, p. 332.

De la jurisprudencia objeto de la presente investigación pueden deducirse los dos siguientes caracteres definidores del régimen jurídico de la declaración judicial de nulidad de los Reales Decretos reglamentarios:

1) Los efectos de la declaración de nulidad de la disposición impugnada se retrotraen, en principio, al momento en que ésta fue dictada (efectos <<*extunc*>>), quedando a salvo los actos firmes que se hayan producido en aplicación de la misma de acuerdo con el vigente artículo 73 LJ y anteriormente con el derogado 120 LPA, v.gr., Sentencia de 8 de noviembre de 1.990 (Ar. 10.548. Ponente: A. RODRÍGUEZ GARCÍA), F.J. 2.

2) La reviviscencia de los Reales Decretos anteriores por nulidad de los posteriores. En este sentido, se pronuncia la Sentencia de 23 de septiembre de 1.988, (Ar. 7.245. Ponente: J.I. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ), que en su F.J. 2 declara:

“De los dos problemas que plantea esta apelación, el primero de ellos ha sido ya abordado y resuelto por esta Sala en sus Sentencias de 29 de abril y 27 de mayo del año en curso, siendo procedente, en consecuencia, resolverlo de la misma forma, es decir, estimando que al decirse la nulidad del Decreto de 20 de diciembre de 1974, por la Sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal de 18 de marzo de 1981, recobró validez el de 17 de noviembre de 1966, el cual, pese a adolecer de efectos formales importantes, quedó convalidado por los Decretos-Leyes de 30 de noviembre de 1973 y de 27 de noviembre de 1974; es decir, como se establecen en la mencionada Sentencia de esta Sala de 29 de abril último, no se puede cuestionar la legalidad del mencionado Decreto de 1966, sin hacerlo, simultáneamente, de los artículos 7 y 10, respectivamente, de los Decretos-Leyes mencionados, particular éste no planteable en el orden”

jurisdiccional contencioso administrativo, por cuanto incide directa e ineludiblemente en los principios básicos de esa especializada jurisdicción, sólo competente para revisar actos o reglamentos con rango inferior a la ley; es más, este problema ya había sido abordado con anterioridad en otras Sentencias de esta Sala, como las de 1.º de marzo y 6 de abril del año en curso, dando al mismo la solución indicada, por la que es procedente sostener una vez más la doctrina establecida, máxime teniendo en cuenta que, como ya se indicó, ello no contradice la mantenida en las Sentencias de 25 de abril y 15 de diciembre de 1986, por cuanto en éstas no se contempla el caso de ratificación por disposición legal que en el caso se da, no teniendo consecuencias el que tal ratificación sólo produzca efectos a partir de los Decretos-Leyes mencionados, por cuanto el problema de autos, en su concreción fáctica, surge con posterioridad a su vigencia y eficacia.”

En consecuencia, la nulidad de un Decreto del Gobierno por Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo hace recobrar la validez al Decreto que éste había derogado y ello en atención a que, como ya comenté en el Capítulo relativo a la vigencia y eficacia de los Reales Decretos en el tiempo, al declararse la invalidez con efectos <<*ex tunc*>> de un reglamento del Gobierno, cesa también su fuerza derogativa con lo que el Decreto precedente continúa produciendo efectos pero ya sin la limitación temporal de la fecha de entrada en vigor de la norma derogante.

En este sentido, se manifiesta la Sentencia de 7 de octubre de 1.992 (Ar. 8.461. Ponente: J.L. MARTÍN HERRERO), F.J. 3, al afirmar que <<la declaración de nulidad de un reglamento afecta también a sus cláusulas derogatorias por lo que un reglamento derogado por otro posterior nulo recobra su vigencia con la declaración de nulidad de éste>>.

C.- Subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación del Real Decreto reglamentario declarado nulo.

El artículo 73 LJ regula los efectos de las sentencias firmes que declaran la nulidad de las disposiciones generales del Gobierno al disponer que <<las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente>>.

En consecuencia, el artículo parte de la regla de que subsistirán los actos administrativos firmes dictados en aplicación del reglamento declarado nulo, como el que puede dictar el Ejecutivo, siempre que no se den las excepciones que en el mismo se establecen, principio que ya habían sentado el artículo 120 LPA y 40 LOTC en relación, respectivamente, con la declaración de nulidad de las normas reglamentarias y las disposiciones con fuerza de ley. La jurisprudencia examinada de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo confirma la aplicación constante de dicha solución en los supuestos de declaración judicial de nulidad de los reglamentos, v.gr., la Sentencia de 7 de octubre de 1.992 (Ar. 8.461), F.J. 3; y, aunque en la misma no se impugna un Real Decreto reglamentario, la de 25 de febrero de 1.999 (Ar. 1.796), F.J. 4 . En concreto, esta última Resolución judicial de la Sección

2ª (Ar. 1.976. Ponente: ROUANET MOSCARDÓ), en su F.J. 4, expone con alcance general la doctrina jurisprudencial al respecto:

“En numerosas ocasiones esta Sala ha tenido, ya, la oportunidad de sentar una doctrina acorde con el criterio adoptado por la sentencia aquí recurrida, que ha efectuado, en definitiva, una interpretación del artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (y 73 de la nueva Ley de esta Jurisdicción, 29/1998, de 13 de julio, que ha entrado en vigor el 14 de diciembre de dicho año) atemperada al ordenamiento jurídico.

El principio de seguridad jurídica rige dichos preceptos, con el fin de evitar que la anulación posterior de una disposición de carácter general reglamentario haga decaer la eficacia de actos administrativos consentidos o no impugnados adoptados al amparo de la norma posteriormente anulada.

Constantemente, la doctrina de esta Sala ha negado que pueda hablarse de error de hecho en una declaración-liquidación practicada bajo la égida de una norma después declarada nula.

De reiteradísima califica la Sentencia de 28 de mayo de 1994 la jurisprudencia que interpreta el artículo 120.1 en el sentido indicado.

Y, por tratarse casi del mismo supuesto que hora nos ocupa, es obligado reafirmar, aquí, la doctrina sentada, por esta Sala y Sección, en las Sentencias de 17 de octubre de 1996, 4 de febrero de 1998 y 4 de enero de 1999.

Conforme a las mismas, aun cuando es cierto que la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho a tenor de lo expresamente establecido en el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, debe producir sus efectos «ex tunc» y, por consiguiente, y en principio, provoca la pérdida de la virtualidad legitimadora de cualquier acto que en ella pretenda ampararse, no lo es menos que, por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica, como esta Sala tiene declarado en

Sentencias de 30 de marzo y 4 de mayo de 1993, y en garantía de las relaciones establecidas, la comentada eficacia del acto se encuentra amparada por el precitado artículo 120.1 de la tan repetida Ley Procedimental, aplicable tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los de recurso jurisdiccional (como se infiere, ahora, también, del artículo 73 LJCA 29/1998), que dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, con equiparación, por tanto, de la anulación a la derogación, aunque sólo, como queda dicho, respecto de los actos firmes, persistiendo, en cuanto a los de diferente naturaleza, la posibilidad de impugnarse si así lo permite la legalidad aplicable, una vez declarada nula la disposición general.”

En definitiva, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1.999 (Ar. 1.796) afirma la subsistencia de los actos de aplicación del reglamento declarado nulo que se encontraban amparados por el artículo 120.1 LPA, aplicable tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los de recurso jurisdiccional y en la actualidad por el artículo 73 LJCA 29/1998, aunque sólo respecto de los actos firmes, persistiendo, en cuanto a los de diferente naturaleza, la posibilidad de impugnarse si así lo permite la legalidad aplicable, una vez declarada nula la disposición general.

Pues bien, a partir de la doctrina general mantenida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la referida Sentencia, el autor del presente trabajo entiende que la regla general de la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de Reales Decretos reglamentarios declarados nulos puede concretarse en los siguientes términos en relación con la normativa actualmente en vigor:

1) Por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica, la eficacia del acto administrativo de aplicación se encuentra amparada por el artículo 102.4 LRJAPYPAC (y anteriormente por el artículo 120.1 LPA), aplicable a los supuestos de recurso administrativo de revisión, y por el artículo 73 LJCA, respecto del recurso jurisdiccional, que dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula.

2) La doctrina legal sentada respecto de la regla de subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación del Real Decreto declarado nulo, afirma que la misma supone, sin embargo, sólo una excepción de la regla general conforme a la cual la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho, debe producir sus efectos «*ex tunc*» y, por consiguiente, y en principio, provoca la pérdida de la virtualidad legitimadora de cualquier acto que en ella pretenda ampararse.

En relación con el punto examinado, P. GARCÍA MANZANO¹¹¹ señala que el artículo 73 LJ trata de dar solución a la insatisfacción producida por la solución adoptada en el régimen anterior mediante la aplicación del artículo 120.1 LPA, de subsistencia de los actos firmes, que se acrecentó por la derogación formal de este artículo que efectuó la LRJAPYPAC, sin sustituirlo por nueva regulación (lo que era coherente con la supresión del recurso administrativo contra las disposiciones generales que establece el artículo 107.3 de dicha Ley). En este sentido, considera plausible la previsión de la

¹¹¹ P. GARCÍA MANZANO, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<Terminación del Procedimiento>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 331-332.

eficacia retroactiva de la nulidad (más bien habría que decir, la eficacia *ex tunc* propia de la categoría de nulidad radical que conviene a la invalidez de las normas reglamentarias, ex artículo 62.2 LRJAPYAC) respecto de los actos administrativos sancionadores, si en virtud de la nulidad del reglamento aquéllos quedan eliminados o reducidos en su contenido aflictivo o de gravamen, con el límite de aquellas sanciones que se hallen completamente ejecutadas.

J. GONZÁLEZ PÉREZ¹¹², sin embargo, censura a dicho precepto precisamente la limitación que hace de los supuestos de la eficacia retroactiva a los actos sancionadores. Así, si el principio de seguridad jurídica no puede amparar que sigan produciendo efectos los actos administrativos sancionadores pendientes de ejecución que estén aplicando una sanción declarada nula, tampoco debe amparar otros supuestos de actos administrativos desfavorables al administrado como los que impongan la ejecución de una obligación o carga.

E. PUJALTE CLARIANA¹¹³, por su parte, ha destacado que la regla contenida en el artículo 73 LJ no implica, en todo caso, la subsistencia del acto administrativo firme que sea aplicación de la norma declarada nula, pues existen supuestos en los que el acto de aplicación es a su vez nulo por incurrir en alguno de los supuestos del artículo 62.1 LRJAPYAC (v.gr., en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1.994 que anuló el Real Decreto

¹¹² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/I.998 de 13 de julio) Vol. II*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 1.458.

¹¹³ E. PUJALTE CLARIANA, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El objeto del recurso (Arts. 25 a 42)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 239-240. Respecto de los efectos de la sentencia declarativa de la nulidad de una disposición general resulta ilustrativo el artículo de R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de los reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, pp. 394-397.

412/1.982 de 12 de febrero, los actos de aplicación fueron estimados nulos por provenir de <<órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia>>).

D.- La distinción con la derogación de la norma reglamentaria.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, tradicionalmente ha venido equiparando los efectos de la declaración judicial de nulidad de un reglamento con la derogación por imperativo del antiguo artículo 120.1 LPA que literalmente afirmaba que <<la estimación de un recurso contra una disposición general implicará la derogación o reforma de dicha disposición sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma>> (v.gr., Sentencia de 23 de febrero de 1.988, Ar. 109, F.J. 2; seguida por alguna otra manifestación reciente como la ya citada Sentencia de 25 de febrero de 1.999, Ar. 1.976, F.J. 4, que no resuelve sobre la impugnación de un Real Decreto reglamentario). La Sentencia examinada de 23 de enero de 1.988 (Ar. 109. Ponente: J.M. RUIZ JARABO FERRÁN) en su F.J. 2 afirmaba:

“La Sentencia de la Sala Quinta de este Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984, declaró la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 412/1982, de 12 de febrero, al estimarse que el mismo incurría en manifiesta ilegalidad, al violar las normas de rango superior -determinados preceptos de la Ley General Tributaria - al atribuir a la Inspección de Hacienda competencias reservadas a los órganos de gestión tributaria, entre las que se encuentran las funciones liquidatorias. Nos encontramos, pues, ante la anulación judicial de la norma que sirvió de

base para que la Inspección de la Hacienda Foral de Guipúzcoa practicara a la sociedad apelada una liquidación por el Impuesto sobre Sociedades, y dicha anulación debe ser equiparada al acto de derogación de aquélla, al tener idéntico alcance general, según ya se ha declarado en las Sentencias de 21 de octubre de 1986 y 28 de diciembre de 1987, lo que no es equiparable, en términos de dichas sentencias, a una eficacia «erga omnes», la cual supone precisamente un pronunciamiento singular, dotado de una fuerza expansiva - Sentencia de 25 de octubre de 1984-, sino que se está en presencia simplemente de la desaparición de una norma jurídica y su efecto tan inmediato como automático consiste en dejar sin cobertura a los actos administrativos de aplicación individual. Las conclusiones expuestas aparecen previstas en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo párrafo primero equipara anulación y derogación de las disposiciones generales y permite tan sólo la subsistencia de los actos firmes derivadas de los mismos.”

La solución dada por la doctrina jurisprudencial no era sin embargo satisfactoria ya que la declaración de nulidad de un reglamento no puede ser equiparada sin más con la figura jurídica de la derogación.

En efecto, la declaración de nulidad determina la eliminación de la norma del mundo jurídico como si nunca hubiera existido dejando sin cobertura a los actos dictados en su aplicación. Tiene efectos *ex tunc* aunque limitados, por razón del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 CE respecto de los actos firmes dictados durante su vigencia, a los supuestos previstos en el artículo 73 LJ. La derogación en cambio se sitúa en el plano de la sucesión de la normas en el tiempo de modo que la norma derogada continúa produciendo efectos respecto de los actos dictados bajo su régimen. La privación de los efectos de la norma derogada para los actos que se dicten en lo sucesivo se produce a partir de la fecha de su derogación.

Estimo que el artículo 73 LJCA, por otra parte, al precisar la regla de la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación del reglamento, lo único que impone es que el fallo judicial que declare nula la norma (aprobada v.gr. mediante Real Decreto) no afecte <<por sí mismo>> al acto firme. No impide, sin embargo, la revisión de oficio por la Administración pública del acto nulo o su impugnación previa declaración de lesividad por la misma Administración en el supuesto de que el acto sea anulable al desaparecer el Real Decreto del Ordenamiento jurídico.

La moderna doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo así lo ha sancionado, pudiendo citarse a este respecto, la Sentencia de 5 de septiembre de 1.999 (Ar. 7.154. Ponente: J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ) que en su F.J. 2º afirma que <<las consecuencias <<*ex tunc*>> de una declaración de nulidad -como la que aquí debe pronunciar este orden de jurisdicción- son distintas a las de la simple derogación (Sentencias de 31 de mayo de 1.991 y 9 de mayo de 1.995)>>.

CAPÍTULO XII

**LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DECLARATIVAS DE NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS POR
REAL DECRETO DEL CONSEJO DE MINISTROS.**

CAPÍTULO XII

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DECLARATIVAS DE NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS POR REAL DECRETO DEL CONSEJO DE MINISTROS.

1.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

2.- LA DOCTRINA FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

3.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN.

A.- El procedimiento de ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios.

B.- Análisis de los distintos supuestos de ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios y de reconocimiento de <<ilegalidad omisiva>> en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria.

4.- EXPOSICIÓN DEL ESTUDIO REALIZADO SOBRE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El campo analizado para realizar el estudio sobre la actividad de ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios.

a.- Delimitación del campo examinado.

b.- Relación entre la publicación de las Sentencias en el Boletín Oficial del Estado y los datos obtenidos en la B.D.A.-Repertorio de Jurisprudencia y el Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi.

B.- Resultados obtenidos en relación con la ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto.

a.- Resultados del estudio relativos a la publicación del fallo de las Sentencias.

b.- Resultados del estudio relativos a la regulación normativa que viene a sustituir a la declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo.

c.- Resultados del estudio relativos a los supuestos en que concurren la publicación y la modificación de la normativa afectada por el fallo de una Sentencia que declara la nulidad de un reglamento aprobado mediante Real Decreto.

d.- Consideraciones finales.

CAPÍTULO XII

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DECLARATIVAS DE NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS APROBADOS POR REAL DECRETO DEL CONSEJO DE MINISTROS.

1.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La ejecución de sentencias es considerada en el apartado 5.3 de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998 como una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo, y ello es así, porque nos encontramos en un ámbito cuya naturaleza administrativa o jurisdiccional ha sido objeto de debate jurídico e ideológico.

Como indica S. MENÉNDEZ PÉREZ¹, la progresiva judicialización de la fase declarativa del proceso iniciada en el siglo XIX, primero con la admisión de que los actos administrativos fueran enjuiciados por órganos separados de

¹ S. MENÉNDEZ PÉREZ, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<Ejecución de Sentencias (arts. 103 a 113)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 654-656.

la Administración activa a los que ésta delegaba la potestad de juzgar, y luego por órganos ya integrados en el Poder Judicial, no fue acompañada de una evolución similar en la fase de ejecución. Esa retención del poder de ejecución de los fallos judiciales se recoge drásticamente en el llamado sistema mixto o armónico de la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1.888, pese a ser ella la que acabó con el sistema de la jurisdicción retenida. En concreto, su artículo 84 establecía que “cuando por razones de interés público la Administración estimare necesaria y acordase la suspensión del cumplimiento de la Sentencia, lo hará saber al Tribunal comunicándole la resolución y sus motivos, y el Tribunal declarará la indemnización que corresponda por el aplazamiento”. El mencionado precepto fue prontamente reformado a través del Real Decreto de 22 de junio de 1.894 que facultó a la Administración no sólo para suspender o aplazar temporalmente el cumplimiento de la sentencia, sino también para inejecutarla definitivamente. Posteriormente, la Ley Maura de 5 de abril de 1.904 modificó nuevamente el sistema, si bien ahora en el sentido de introducir limitaciones al ejercicio por la Administración de sus facultades de suspensión o inejecución. Así se introdujo la regla, según la cual, la suspensión total o parcial o la inejecución total o parcial, sólo podía ser acordada por el Consejo de Ministros <<con carácter extraordinario>> fundándose en una de las cuatro causas luego especificadas en el artículo 105.2 LJ de 1.956. Causas a las que la Ley 18 de marzo de 1.944 adicionó una quinta, de carácter abierto (<<Cualquier otra causa que entrañe idéntica gravedad a juicio del Gobierno>>). Además, se concretaba la competencia, respectivamente, de la Sala y del Pleno del Tribunal Supremo para fijar la indemnización a satisfacer al interesado en caso de suspensión temporal o de inejecución de todo o parte de la sentencia [el artículo 106 LJ de 1.956, posteriormente atribuiría genéricamente dicha competencia al Tribunal

encargado de la ejecución]. Y, finalmente, dispuso que el Gobierno en ningún caso podría suspender o inexecutar lo resuelto por causas de imposibilidad material o legal; si estos casos se presentasen, el Tribunal respectivo acordaría la forma de llevar a efecto el fallo (disposición posteriormente recogida en el artículo 107 LJ de 1.956).

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1.956, en el procedimiento de ejecución de sentencias, siguió respondiendo a la concepción general de justicia retenida por la Administración pública. La virtualidad de tal concepción se explicitaba fundamentalmente en el tenor literal de su artículo 8.1, pues éste atribuía a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para fiscalizar la ejecución de las sentencias que se dictaren, y en el artículo 103 LJ, según el cual, la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso.

Tanto el reconocimiento de los derechos fundamentales como el diseño del sistema judicial recogido en la Constitución española de 1.978 van a incidir, sin embargo, decisivamente sobre la interpretación y aplicación que del procedimiento de ejecución de las sentencias regulado en la Ley Jurisdiccional se va a hacer por los Tribunales del orden contencioso-administrativo. En efecto, el artículo 24.1 CE proclamó el derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. A su vez, dentro de la regulación del Poder Judicial que hace el texto constitucional, el artículo 117.3 CE

establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. El artículo 118 CE, por su parte, declaraba la obligación general de cumplir las sentencias y demás resoluciones de los Jueces y Tribunales, así como de prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Y la plena efectividad de la potestad jurisdiccional y de los derechos de los ciudadanos en relación con la justicia resultaban obstaculizados por un sistema de ejecución de sentencias que atribuía su titularidad al órgano administrativo que hubiera dictado el acto o disposición general objeto del recurso.

A este respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA exponía, en un artículo publicado en 1.984², que la legalidad ordinaria en materia de ejecución de sentencias contencioso-administrativas era completamente insuficiente para dar curso al derecho fundamental a la efectividad de las sentencias deducido del artículo 24.1 CE. Las sentencias de los Tribunales no podían ser efectivas con la simple técnica de los requerimientos de cumplimiento dirigidos a la Administración condenada en el fallo y de la eventual, y puramente teórica (no se conoce un solo caso de condena penal o civil por este motivo en toda la historia del contencioso-administrativo) responsabilidad civil o penal de los administradores que no ordenaran el cumplimiento del fallo que es lo que disponía la regulación preconstitucional de los artículos 104, 105 y 109 de la Ley de la Jurisdicción de 1.956. Además tanto la responsabilidad civil como

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 10, enero-abril, 1.984, p. 54.

penal requerirían nuevos, largos y costosos procesos sometidos a sus propias reglas (v.gr. la cualificación del dolo en el proceso penal), y aun triunfando en ellos no quedaría corregida la inejecución que los había motivado.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1.985 realizó una primera reforma del sistema de ejecución de sentencias para hacer efectiva la asunción por dicho Poder, en exclusiva, del ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998, la Ley eliminó la potestad gubernativa de suspensión e inejecución de sentencias. Al mismo tiempo, abrió paso a la expropiación de derechos reconocidos por éstas frente a la Administración aunque sin especificar las causas de utilidad pública e interés social que habrían de legitimar el ejercicio de esta potestad expropiatoria (artículo 18.1 y 2 LOPJ).

2.- LA DOCTRINA FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Como indica L. ORTEGA ÁLVAREZ³, el verdadero impulso al cambio constitucional operado en la ejecución de las sentencias se produjo por la vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al examinar un amplio conjunto de recursos de amparo. De este modo, la clave del nuevo marco

³ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<La ejecución de sentencias>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 483-486.

constitucional parte de la contradicción del sistema regulado por la Ley Jurisdiccional con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva más que de su oposición con la atribución al Poder judicial de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. De la doctrina del Tribunal Constitucional se deducen los siguientes cambios introducidos en el sistema de ejecución de sentencias:

En cuanto al contenido, el derecho a la ejecución de sentencias se configura como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que implica que el fallo se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello (STC 32/1.982 de 7 de junio). El Tribunal ha reconocido, no obstante, la constitucionalidad del hecho de que la condena sea sustituida, en base a razones atendibles, por su equivalente económico u otro tipo de prestación (STC 149/1.989, de 22 de septiembre).

En lo que se refiere al sujeto responsable de garantizar este derecho, el Tribunal establece que la ejecución forma parte de la potestad jurisdiccional. La situación jurídica de la Administración en el procedimiento de ejecución se encuentra definida por las siguientes obligaciones de hacer y soportar: 1) tiene un deber de cumplimiento y colaboración con los Tribunales de justicia constituyendo su incumplimiento un grave atentado al Estado de Derecho (STC 67/1.984 de 7 de junio); y 2) la ejecución administrativa está sometida permanentemente a una supervisión judicial y la no adopción de las medidas necesarias supone una violación del artículo 24.1 CE (STC 125/1.987 de 5 de julio).

Finalmente, en cuanto a los poderes de que está investido el Tribunal competente para la ejecución de lo fallado, el mismo puede adoptar todas las medidas necesarias para la efectividad del derecho fundamental (STC 26/1.983 de 13 de abril) que deben ser enérgicas, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción con terceros (STC 18/1.997 de 10 de febrero).

S. MENÉNDEZ PÉREZ⁴, por su parte, analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un punto fundamental, a saber, la posición de los Jueces y Tribunales y de la Administración en la ejecución de la sentencia. Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró la titularidad exclusiva para los Órganos judiciales de la potestad de ejecución, con la consiguiente responsabilidad de su correcto ejercicio mientras que a la Administración le corresponde exclusivamente el deber diligente de cumplimiento y colaboración. En consecuencia, la doctrina general del Tribunal Constitucional ya desde la capital Sentencia 67/1.984 de 7 de junio (<<San Fausto de Campcentelles>>), F.J. 2º, desterró la idea capital sobre la que se construyó el sistema precedente de <<retención>> por la Administración Pública (la Administración General de Estado en el presente caso bajo la dirección superior del Gobierno) de la titularidad de la ejecución de las sentencias y que luego se reiterará en las SSTC 155/1.985, F.J. 5º, 167/1.987, F.J. 2º, 4/1.988, F.J. 5º, 92/1.988, F.J. 2º y 148/1.989, F.J. 2º.

⁴ S. MENÉNDEZ PÉREZ, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<Ejecución de Sentencias (arts. 103 a 113)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 659.

El citado autor ⁵, asimismo, profundiza en la definición del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, afirmando que el mismo comprende como parte integrante de su contenido:

1) La garantía de la inmodificabilidad del fallo (SSTC 149/1.989, F.J. 2; 61/1.984, F.J. 1; 15/1.986, F.J. 2; 34/1.986, F.J. 2; 118/1.986, F.J. 4; 125/1.987, FF.JJ. 2 y 4; 167/1.987, F.J. 2; 92/1.988, F.J. 2; 119/1.988, F.J. 2; 12/1.989, F.J. 4; 28/1.989, F.J. 5; 148/1.989, F.J. 4; 152/1.990, F.J. 3 y 189/1.990, F.J. 1).

2) La garantía de interpretación finalista del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias (SSTC 148/1.989, F.J. 4; 125/1.987, F.J. 2 y 92/1.988, F.J. 2).

3) La garantía de la diligencia debida, que es exigible al órgano judicial (SSTC 67/1984, F.J. 2; 149/1.989, F.J. 3; 26/1.983, F.J. 2 y 3; 109/1.984, F.J. 2; 155/1.985, F.J. 5 y 28/1.989, F.J. 6). En consecuencia, se hace necesaria la atribución a él, en exclusiva, de la titularidad de la potestad de ejecución mientras que a la Administración corresponde un deber de cumplimiento y colaboración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 CE (STC 32/1.982).

⁵ S. MENÉNDEZ PÉREZ, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Director: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<Ejecución de Sentencias (arts. 103 a 113)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 662-665.

4) La garantía de agotamiento del procedimiento incidental de ejecución, evitando con ello la carga injustificada de nuevos procesos (STC 167/1.987, F.J. 2).

3.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN.

A.- El procedimiento de ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios.

El apartado 1 del artículo 103 LJ reitera la potestad de los Jueces y Tribunales en la ejecución de las sentencias proclamada en el artículo 117.3 CE, especificando que su ejercicio corresponde al Juez o Tribunal que haya conocido del asunto en primera o única instancia. El apartado 2 del citado precepto concreta, para el orden jurisdiccional contencioso, las obligaciones constitucionales establecidas en el artículo 118 CE respecto del cumplimiento de las sentencias por las partes en la forma y términos que éstas consignen, y el apartado 3 la de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales por todas las personas y entidades públicas y privadas para la completa y debida ejecución de lo resuelto.

Finalmente, dentro del artículo 103 LJ, el apartado 4 contiene una regla de salvaguarda de la obligación de cumplir las resoluciones judiciales, declarando la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias dictadas con la finalidad de eludir su cumplimiento para evitar las llamadas <<ejecuciones aparentes>>. El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones generales dictados con el objetivo de impedir un efectivo cumplimiento de lo fallado, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 LJ, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en la Ley (supuesto en el que parece aplicable el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJ).

El artículo 108.2 LJ, por su parte, en el supuesto en que la Administración realizara alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos de la sentencia, permite igualmente a los interesados instar al Juez o Tribunal para que proceda a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determine los daños y perjuicios que hubiere ocasionado el incumplimiento.

Una vez firme la sentencia, el Juez o Tribunal competente para la ejecución lo comunica en el plazo de diez días al órgano que realizó la actividad objeto del recurso (en el presente caso al Consejo de Ministros) para

que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Transcurridos dos meses a partir de la fecha de la comunicación de la resolución judicial o el plazo fijado por ésta para el cumplimiento, cualquiera de las partes puede instar la ejecución forzosa de lo fallado (artículo 104 LJ).

El derecho fundamental a la ejecución de las sentencias tiene su reflejo legislativo en el artículo 105.1 LJ que establece la prohibición de suspender el cumplimiento o declarar la inejecución total o parcial del fallo. El párrafo segundo, por su parte, regula la tramitación procesal de los supuestos en los que el órgano obligado al cumplimiento de la resolución judicial aprecie la imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, supuesto que difícilmente puede concurrir en relación con la ejecución de una sentencia que anule un Real Decreto reglamentario (así, v.gr., entiendo que aunque la norma declarada nula hubiera sido ya derogada, la declaración de nulidad habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y con tal trámite habrá de entenderse cumplida la ejecución del fallo).

B.- Análisis de los distintos supuestos de ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios y de reconocimiento de <<ilegalidad omisiva>> en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Cuando la sentencia es estimatoria de la pretensión de la declaración de nulidad de una disposición general, las primeras medidas que ha de adoptar el órgano judicial, ambas en el plazo de diez días a partir de la firmeza de la

sentencia, son la comunicación de la resolución a la Administración pública (artículo 104.1 LJ) y la orden de que se publique el fallo en el diario oficial en que aquélla hubiera aparecido (artículos 72.2 y 107.2 LJ).

Si la sentencia declarase nulo un reglamento, se privará de efectos al mismo como si nunca se hubiera producido. Pero además, dependiendo del contenido de la disposición general y de la pretensión ejercitada, la ejecución de lo fallado puede exigir de la entidad administrativa (para el presente estudio la Administración General del Estado) la adopción de otras medidas como la elaboración de una nueva disposición general para evitar que se produzca una situación de <<ilegalidad omisiva>> o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los recurrentes.

J. GONZÁLEZ PÉREZ⁶ distingue los siguientes supuestos respecto de la eficacia de las sentencias declarativas de nulidad de un reglamento sobre los actos y disposiciones que se dicten después de que las mismas hayan ganado firmeza:

1) Los actos firmes dictados antes de la declaración de nulidad de la disposición por regla general subsisten, con las excepciones señaladas en el artículo 73 LJ mientras que, respecto de los que no hayan ganado firmeza, habrá que analizar en cada caso su conformidad con el Ordenamiento jurídico.

2) En cuanto a los actos dictados con posterioridad a la declaración de nulidad de la disposición general, la sentencia declarando la nulidad de la

⁶ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 1.998-1.999.

norma reglamentaria despliega sus efectos respecto de cualquier actividad ulterior del mismo órgano que dictó aquélla o incluso de cualquier otro órgano que trate de aplicarla. Si no se hiciese así y se siguiera aplicando la disposición declarada nula, se habría producido una mera <<ejecución aparente>>. Se habría infringido la sentencia y, por lo tanto, se incurriría en una infracción que se podría hacer valer en ejecución de la sentencia, tal como establece el artículo 103. 4 y 5 LJ.

3) Respecto de las disposiciones que reproducen, reiteran o desarrollan la declarada nula, ha de diferenciarse a su vez entre los siguientes supuestos:

a) En relación con los reglamentos de inferior rango dictados antes de la sentencia que sean derivación del declarado nulo, la resolución judicial desplegará toda su eficacia y serán también declarados nulos. Sin embargo, la eficacia de la ejecución no alcanza a otras disposiciones de igual o superior rango anteriores dictadas con posterioridad al inicio del proceso en cuanto son independientes de la impugnada, salvo que se hubiera ampliado a éstas el recurso⁷.

b) En relación con los reglamentos de inferior rango dictados después de la sentencia que reproducen, confirman o, de uno u otro modo, tratan de que continúe produciendo efectos la declarada nula por sentencia, la eficacia de la resolución judicial es evidente. Se trata de una de las muchas corruptelas

⁷ En relación con ésta última afirmación, sin embargo, L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<La ejecución de sentencias>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, p. 489, mantiene que dada la literalidad del artículo 103.4 LJ, si existe prueba de que tales actos se dictaron en previsión de una sentencia desfavorable con relación a una previa actuación que se pretende proteger, cabría la declaración de nulidad por el trámite de los incidentes dado el sentido teleológico del precepto.

administrativas para impedir el cumplimiento de los fallos. Por consiguiente, son incuestionables las potestades del Tribunal, en ejecución de sentencia, para adoptar las medidas procedentes encaminadas a superar todos los obstáculos existentes para que la sentencia se cumpla en sus propios términos.

Dicho autor, recuerda en este punto que un Auto de 28 de octubre 1.969 afirmó que el carácter revisor de la Jurisdicción <<no permite declarar formalmente nulas aquellas disposiciones generales que no fueran impugnadas en el proceso de cuya ejecución se trate>>, en un supuesto en que después de declarada nula una Orden ministerial se había dictado un Decreto reglamentando sobre la misma materia. Entiendo, sin embargo, que tanto el cambio de orientación del recurso contencioso-administrativo que abre definitivamente sus puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración como el contenido de las facultades jurisdiccionales de ejecución de las sentencias permiten obviar tales inconvenientes para permitir la declaración de nulidad radical de un reglamento que trate de reproducir la disposición general ya declarada contraria a Derecho.

Por último, he de señalar que, en el caso de que la Sala 3ª del Tribunal Supremo declarase mediante sentencia que la Administración del Estado ha incurrido en <<ilegalidad omisiva>> por implicar el vacío normativo existente una vulneración de la Constitución o la Ley, la resolución judicial no habría de limitarse a declarar la nulidad del acto presunto recurrido. En efecto, al resolver una pretensión de reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente (artículo 31.2 LJ), el Tribunal ejercitaría la

facultad de condenar a la Administración al hacer positivo de emitir en plazo la disposición general omitida. Asimismo, frente a la inactividad formal consistente en no dictar el Real Decreto reglamentario que se reclama, el fallo también podría pronunciarse eventualmente sobre la presunta indemnización que podría corresponder al actor por los daños y perjuicios ocasionados⁸. En consecuencia, el Tribunal atendería en la ejecución de tales sentencias al efectivo cumplimiento por la Administración del Estado de su obligación de dictar el Real Decreto reglamentario omitido en el plazo que prudencialmente se fijara y, en su caso, de abonar un montante indemnizatorio al recurrente.

4.- EXPOSICIÓN DEL ESTUDIO REALIZADO SOBRE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El campo analizado para realizar el estudio sobre la actividad de ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios.

a.- Delimitación del campo examinado.

⁸ A este respecto, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2.000, pp. 173-174, afirma que no faltan en nuestra jurisprudencia ejemplos de sentencias condenatorias de hacer contra la Administración tanto frente a situaciones de inactividad formal como material. En relación con las primeras, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1.978 (Ar. 752) que resuelve un supuesto de inactividad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En cuanto al **campo examinado**, he de señalar que el mismo incluye hasta la entrega 4/2.002 del Base de Datos Aranzadi-Repertorio de Jurisprudencia (en adelante BDA-Repertorio de Jurisprudencia) que en lo relativo a Sentencias del Tribunal Supremo que resuelven pretensiones acerca de Reales Decretos reglamentarios alcanza un total de 371 Sentencias. Además, he incluido aquellas Sentencias del Tribunal Supremo que, declarando la nulidad total o parcial de un reglamento aprobado por Real Decreto, he encontrado publicadas en el Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi y que suman un total de 24. Por lo tanto, el campo examinado alcanza **371 Sentencias**.

De las **371** Sentencias analizadas, sólo **178** son estimatorias por lo que únicamente respecto de ellas el Tribunal competente ha realizado una actividad de ejecución de su fallo.

Se incluye en dicho campo todas las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo recaídas:

a) En **recursos directos e indirectos** en los que se impugna la validez de Reales Decretos reglamentarios, a través del proceso ordinario y de recursos de apelación o casación, respectivamente.

b) A través del proceso especial de **protección jurisdiccional de los derechos fundamentales** contra Reales Decretos reglamentarios.

No se ha incluido en el estudio realizado, por el contrario, la ejecución de las Sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que resuelven cuestiones de ilegalidad planteadas en relación con Reales Decretos reglamentarios. Y ello porque, obviamente, todas corresponden exclusivamente al último periodo analizado (es decir, al que se inicia con la nueva Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998) y por consiguiente no existe término de comparación de los resultados obtenidos. Además, respecto de la mayoría de las citadas Resoluciones judiciales, falta la suficiente perspectiva temporal para determinar el grado de ejecución alcanzado.

En todo caso, he de advertir que los resultados obtenidos son, en buena medida, indicativos tanto de la actividad general de ejecución de las Sentencias en las que se declara la nulidad de un Real Decreto reglamentario como, específicamente, del **recurso directo contra reglamentos del Gobierno**. Y ello porque, como se indica en los Capítulos que versan sobre el recurso indirecto y el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra reglamentos del Gobierno, de acuerdo con los datos extraídos de la Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia:

a) Las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo estimatorias de recursos indirectos de Reales Decretos reglamentarios en apelación o casación, examinadas entre 1.988 y 2.002, son únicamente 16.

b) Las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo estimatorias de recursos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales en los que se impugna un Real Decreto reglamentario entre 1.988 y 2.002 son sólo 2.

Por consiguiente, la inmensa mayoría de las Sentencias declarativas de nulidad de los Reales Decretos reglamentarios cuya ejecución ha sido examinada en el mismo periodo corresponden a **recursos directos** contra Reales Decretos reglamentarios tramitados ante el Tribunal Supremo por el procedimiento ordinario. Un total de 136 según la indicada fuente.

Así, del total de Sentencias examinadas, 178, únicamente resta por calificar como procedentes de un recurso directo, indirecto o de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, las 24 sentencias ya citadas que constan exclusivamente en el Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi como publicadas en el B.O.E. y cuyo contenido no se encuentra registrado en la Base de Datos de Jurisprudencia de la misma Editorial.

b.- Relación entre la publicación de Sentencias en el Boletín Oficial del Estado y los datos obtenidos en la BDA-Repertorio de jurisprudencia y el Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi.

Todas las Sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios identificadas en el campo analizado han sido cotejadas con los datos proporcionados por el propio Boletín Oficial del Estado. Del examen conjunto de ambas fuentes de datos se obtienen las siguientes conclusiones:

1.- Antes de 1.999, algunas de las Sentencias que constan en la documentación examinada de la editorial Aranzadi como publicadas en el BOE no lo están en el listado del Boletín Oficial del Estado.

2.- A partir de 1.999, todas las Sentencias del Tribunal Supremo que constan en la documentación de Aranzadi manejada como publicadas en el BOE se encuentran recogidas igualmente como tales en la propia base de datos del Boletín Oficial del Estado.

3.- En todo el periodo estudiado existen Sentencias del Tribunal Supremo que constan publicadas en el BOE según las propias Bases de Datos del Boletín Oficial del Estado y que no aparecen en los Repertorios de Aranzadi.

Conclusión:

Los datos obtenidos tanto de los **Repertorios de Jurisprudencia y Legislación de Aranzadi como de las bases del Boletín Oficial del Estado no pueden ser considerados exhaustivos** aunque parece que sí son indicativos de la actividad de ejecución de las Sentencias declarativas de Reales Decretos reglamentarios.

B.- Resultados obtenidos en relación con la ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados mediante Real Decreto.

Los principales resultados que se extraen del estudio del campo señalado son los siguientes:

1.- El total de Sentencias estudiadas declarativas de nulidad de reglamentos aprobados por Real Decreto es de **149** hasta el final del año 1.998 (incluye las procedentes de la BDA-Repertorio de jurisprudencia Aranzadi sin contar dos Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala del artículo 61 LOPJ que rescinden otras Sentencias anulatorias precedentes, y 10 Sentencias procedentes del Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi).

2.- El total de Sentencias estudiadas declarativas de nulidad de reglamentos aprobados por Real Decreto es de **178** hasta el año 2.002 (que incluye las procedentes de la BDA-Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi 2.002/4 sin contar dos Sentencias de la Sala del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo que rescinden otras Sentencias anulatorias precedentes y, además, las 24 Sentencias procedentes del Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi).

3.- Del total de Sentencias estudiadas, respectivamente, **149** (hasta 1.998) y **178** (hasta el 2.002), ha de advertirse que muchas de ellas contienen **idéntico fallo y por ello su ejecución es única para todas**. Así, por ejemplo, hasta el final de 1.998, el fallo estimatorio de 80 Sentencias coincide en declarar la nulidad parcial de un mismo Real Decreto reglamentario. De estas **80** Resoluciones judiciales, lógicamente, se publicó sólo la primera (la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 17-3-1.992, Ar. 1.592, relativa al Real Decreto de 12-12-1990 por el que se dio nueva regulación a las casas militares y cuyo fallo posteriormente se repitió en otras 79 sentencias más).

Por su parte, hasta el 2.002, **102** Sentencias coinciden en su fallo con otras 5.

a.- Resultados del estudio relativos a la publicación del fallo de las Sentencias.

1.- El total de **Sentencias publicadas** declarativas de nulidad total o parcial de los reglamentos aprobados por Real Decreto (se publicó el fallo de la Sentencia dictada u otro que anula el mismo precepto reglamentario) es de **118** hasta el final del año 1.998.

2.- El total de **Sentencias publicadas** declarativas de nulidad total o parcial de reglamentos aprobados por Real Decreto (es decir, se publicó el

fallo de la Sentencia dictada u otro que anula el mismo precepto reglamentario) es de **137** hasta el año 2.002.

He de advertir que a partir de 1.999 (excepto en cuatro ocasiones), he encontrado la publicación de todas las Sentencias estudiadas en el Repertorio Cronológico de Legislación de Aranzadi o consta publicada otra anterior con idéntico fallo.

b.-Resultados del estudio relativos a la regulación normativa que viene a sustituir a la declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo.

1.- Actos de ejecución de Sentencias mediante modificación “a posteriori” de la normativa que regulaba la materia y que se vio afectada por el fallo.

a) Normas con rango de Ley: 1 (posterior a 1.998) que afecta a 2 Sentencias.

b) Normas reglamentarias: 5 hasta 1.998 que afectan a 110 Sentencias.

Y, 7 posteriores a 1.998, que afectan a 9 Sentencias.

En consecuencia, hasta 1.998, el fallo anulatorio de un total de **110** Sentencias se vio seguido de una actividad administrativa o legislativa posterior destinada a publicar una nueva norma que viniera a regular la materia que antes se regía por el reglamento anulado.

Hasta el 2.002, lo anterior ocurrió respecto de **121** Sentencias y, durante esta etapa, en todos los casos menos uno, la Resolución judicial fue precedida de la previa publicación del fallo y de los preceptos de los respectivos Reales Decretos declarados nulos. Como he señalado, se exceptúa solamente una Sentencia respecto de la que no consta la efectiva publicación del fallo.

2.- Actos de ejecución de Sentencias mediante **modificación “previa”** a la misma.

a) Normas con rango de Ley (anteriores en todos los casos a 1.998): 3 que afectan a 5 Sentencias.

b) Normas reglamentarias: 4, anteriores a 1.998, que afectan a 4 Sentencias; y 2, posteriores a dicha fecha que afectan a un total de 5 Sentencias que, además, también son ejecutadas posteriormente.

Por lo tanto, el total de Sentencias afectadas por una ejecución previa es de 9 hasta 1.998 y de **14** hasta el 2.002. De las 14 Sentencias afectadas por

una ejecución previa hasta el 2.002, 5 también fueron ejecutadas con posterioridad.

3.- Resultados totales de actos de ejecución de Sentencias por **modificación previa o a posteriori** de la normativa respecto de la que recayó el fallo.

1) Hasta 1.998, un total de **119 Sentencias fueron ejecutadas**, en el sentido de modificación de la normativa afectada por el fallo.

a) Actividad legislativa: 3 Leyes que afectan a 5 Sentencias.

b) Actividad reglamentaria: 9 Reales Decretos que afectan a 114 Sentencias.

2) Hasta el 2.002 un total **130 Sentencias fueron ejecutadas**, en el sentido de modificación de la normativa afectada por el fallo:

a) Actividad Legislativa: 4 Leyes que se encuentra vinculadas al fallo de 7 Sentencias.

b) Actividad Reglamentaria: 16 Reales Decretos que se encuentran vinculados al fallo de 123 Sentencias.

c.- Resultados del estudio relativos a los supuestos en que concurren la publicación y la modificación de la normativa afectada por el fallo de una Sentencia que declara la nulidad de un reglamento aprobado mediante Real Decreto.

a) Hasta 1.998, en **112** supuestos concurren la **publicación de Sentencias** del Tribunal Supremo anulatorias total o parcialmente de reglamentos aprobados mediante Reales Decretos **y la modificación anterior o posterior de la normativa.**

b) A partir de 1.999, en **10** supuestos concurren **la publicación de las Sentencias** del Tribunal Supremo anulatorias total o parcialmente de reglamentos aprobados mediante Reales Decretos **y la modificación anterior o posterior de la normativa.**

Por consiguiente, el **número total de supuestos** en que concurren la publicación de las Sentencias del Tribunal Supremo anulatorias total o parcialmente de reglamentos aprobados mediante Reales Decretos y la modificación anterior o posterior de la normativa es de **122** (en los 56 casos restantes, la Sentencia o bien no resultó publicada o no se modificó la normativa afectada por la declaración de nulidad o bien ambas cosas a la vez).

d.- Consideraciones finales.

Los datos del estudio realizado demuestran que, en contra de lo que pudiera pensarse, la actividad de ejecución de las Sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios (desde un punto de vista cuantitativo) resulta muy considerable en la actualidad y lo ha sido también con anterioridad a la aprobación de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Así, tanto el número de las Resoluciones judiciales de este tipo publicadas en el Boletín Oficial del Estado como el de las disposiciones generales que dan nueva regulación a la materia objeto del reglamento declarado nulo demuestran un elevado nivel de cumplimiento de la decisión judicial adoptada. En concreto, de las 178 Sentencias estimatorias de los recursos contra reglamentos del Gobierno analizadas, lo anterior ocurrió simultáneamente, al menos, en 122 casos.

Ha de tenerse en cuenta a este respecto, la posibilidad de que, en algunos de los casos apreciados, la falta de ejecución de la Sentencia se deba a razones de política normativa. En efecto, al tiempo de dictarse la Resolución judicial declarativa de nulidad de la norma reglamentaria del Gobierno puede que ya no fuera preciso realizar modificación normativa alguna en virtud de circunstancias sobrevenidas como, por ejemplo, el haberse operado previamente un traspaso a las Comunidades Autónomas de las competencias anteriormente reguladas por el Real Decreto declarado nulo o haberse producido con anterioridad una alteración general del marco legal de la materia regulada.

A lo anterior ha de añadirse que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo imperante en la etapa analizada (vid. Capítulo XI.6), las Sentencias estimatorias dictadas en recursos indirectos contra Reales Decretos reglamentarios, sustanciados con arreglo a la Ley de 27 de diciembre de 1.956, se limitaban a declarar la nulidad del acto impugnado sin que el fallo afectara a la vigencia de la norma del Gobierno considerada contraria a Derecho.

Por otra parte, resulta especialmente llamativa la práctica administrativa consistente en modificar el Real Decreto reglamentario durante la sustanciación del proceso administrativo en el que aquél se impugna, de modo que al tiempo de declararse su nulidad, la normativa que rige la materia ya se encuentra adaptada al Ordenamiento jurídico. Entiendo que dicha práctica pone de manifiesto la atención que la Administración General del Estado presta a la litigiosidad existente en relación con las normas por ella dictadas (aunque la aprobación de los Reales Decretos corresponda en definitiva al Consejo de Ministros), cuestionándose en los respectivos Ministerios internamente tanto su posible conformidad a Derecho como el nivel de aceptación que han tenido en el conjunto de sus destinatarios.

Finalmente, he de resaltar que la nueva regulación de la Ley de 13 de julio de 1.998 ha normalizado la práctica de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las Sentencias declarativas de nulidad de los reglamentos del Gobierno (artículo 72.2 LJ), si bien ha de tenerse en cuenta que la misma no garantiza, sin más, la elaboración por el Ministerio competente en la materia del proyecto de normativa que deba sustituir al Real Decreto declarado nulo.

CAPÍTULO XIII

OTROS PROCESOS QUE PERMITEN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

CAPÍTULO XIII

OTROS PROCESOS QUE PERMITEN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

1.- OTROS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS QUE TIENEN POR OBJETO EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El procedimiento incidental de adopción de medidas cautelares.

a.- El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de las medidas cautelares.

b.- Criterio determinante para adoptar la medida cautelar.

c.- La medida cautelar de suspensión de una disposición general del Gobierno.

d.- Breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el otorgamiento de la suspensión de recursos en los que se impugnan directa o indirectamente Reales Decretos reglamentarios.

B.- El proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

a.- El proceso de amparo ordinario de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa.

b.- Breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada con ocasión de reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

C.- La responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio u omisión de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

a.- La responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de la potestad reglamentaria.

b.- La responsabilidad patrimonial por inactividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

2.- LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO COMUNITARIO.

A.- La vinculación del Derecho nacional con el Derecho comunitario.

B.- La cuestión prejudicial de interpretación y validez del Derecho comunitario.

a.- La posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el conjunto del sistema judicial de la Unión Europea.

b.- La cuestión prejudicial de interpretación o validez como remedio procesal que permite el control de la subordinación a los Tratados y la aplicación homogénea del Derecho derivado en la totalidad de los Estados miembros.

c.- Cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a instancia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las que se cuestiona la interpretación del Derecho comunitario en relación con recursos impugnatorios de Reales Decretos legislativos o Reales Decretos reglamentarios.

C.- El recurso por incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones derivadas del Derecho constitutivo de la Comunidad Europea.

D.- La responsabilidad interna de los Estados miembros de la Unión Europea frente a los particulares.

3.- EL CONTROL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A.- Las competencias del Tribunal Constitucional en relación con el control de los Reales Decretos reglamentarios.

B.- El Recurso de amparo contra los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros.

a'.- Concepto y trascendencia jurídica del recurso de amparo constitucional.

b'.- Naturaleza jurídica del recurso de amparo.

c'.- Elementos subjetivo y objetivo del recurso de amparo, determinación de su objeto.

d'.- Los Reales Decretos reglamentarios como objeto del recurso de amparo.

e'.- El contenido del fallo de las sentencias recaídas en recursos de amparo contra Reales Decretos reglamentarios.

C.- Los supuestos de planteamiento de conflicto positivo de competencia por las Comunidades Autónomas.

a'.- La potestad reglamentaria del Gobierno como objeto material de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

b'.- Examen de los conflictos positivos de competencia.

c'.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada con ocasión de los conflictos positivos de competencia planteados a propósito de Reales Decretos reglamentarios.

CAPÍTULO XIII

OTROS PROCESOS QUE PERMITEN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

1.- OTROS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS QUE TIENEN POR OBJETO LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- El procedimiento incidental de adopción de medidas cautelares.

a.- El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de las medidas cautelares.

La profesora C. CHINCHILLA MARÍN¹ sostiene que, probablemente, el principal obstáculo de la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos sea el simple transcurso del tiempo. En

¹ C. CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, <<La tutela cautelar>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 563-564. La autora cita a P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, 1.936, p. 4, que en relación con la noción de justicia tardía pone el ejemplo del medicamento que lentamente elaborado llegaría a un enfermo ya muerto.

efecto, la idea de satisfacción procesal se ve incumplida si como indicaba P. CALAMANDREI, en la reformulación que hizo de la originaria exposición de CHIOVENDA, el proceso se dilata en exceso (<<*il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*>>).

La jurisprudencia europea, sólo comenzaría a ser consciente de dicho principio en la década de los años ochenta del siglo XX. Primero, innovaría la práctica de la *Corte Costituzionale* italiana en las importantes Sentencias de 27 de diciembre de 1.974 y 26 de junio de 1.985; la del Consejo Constitucional francés mediante la Decisión numero 82-224 de 7 de julio de 1.989 y, por último, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante la Sentencia de 19 de junio de 1.990 dictada con ocasión del caso *Factortame*, con el propósito de evitar todos aquellos supuestos patológicos de justicia tardía e ineficiente².

Pero, a la vez, ha de tenerse en cuenta que como decía P.L. FRIER aunque la eficacia de la justicia depende, en gran parte, de la rapidez con que aquélla se otorgue también es evidente que la realización de un proceso con todas las garantías debidas requiere tiempo: el tiempo es, como se ha dicho, <<el precio que hay que pagar por la calidad de las sentencias>>.

² M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y P. MARTÍNEZ SANTA MARÍA, *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinador: B. PENDÁS GARCÍA), <<Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo>>, Barcelona, 1.999, p. 520.

Por consiguiente, ha de concluirse con P. CALAMANDREI³ que han de conciliarse las dos exigencias de la justicia, la celeridad y la ponderación, y “entre el hacer pronto pero mal, y el hacer bien pero tarde, las medidas cautelares aspiran ante todo al hacer pronto, dejando que el problema del bien y del mal (...) se resuelva sucesivamente con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso”.

A lo anterior, ha de añadirse como condicionamiento clave del proceso contencioso-administrativo que el enjuiciamiento de los actos y las disposiciones generales va precedido del principio de ejecutividad de los actos administrativos que lleva anudado como consecuencia el carácter no suspensivo de los recursos. El fundamento del mismo se encuentra en la necesidad de dotar a las Administraciones públicas de un instrumento idóneo para desarrollar su actividad de servicio público.

Pues bien, a este sólido argumento se ha contestado con el de la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, tal y como proclama el artículo 24 CE. Y dicho derecho, como mantiene R. TRILLO TORRES⁴, si bien se satisface *formalmente* mediante el acceso a un proceso aunque su resultado sea la inadmisibilidad del mismo, sin embargo, *materialmente* impone también que lo resuelto judicialmente pueda verse

³ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, 1.936, p. 20, citado por C. CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, <<La tutela cautelar>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, p. 570.

⁴ R. TRILLO TORRES, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Dirección: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<La suspensión y las medidas cautelares (arts. 129 a 136)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 875.

hecho realidad mediante su ejecución. Y ello nos conduce a su vez, en un engarce directo y preciso, con el derecho a la tutela judicial efectiva y el régimen jurídico de las medidas cautelares, en cuanto dirigidas a asegurar la posibilidad de aquella ejecución.

En el mismo sentido, se pronuncia J. GONZÁLEZ PÉREZ al afirmar que el presupuesto de toda medida cautelar es la existencia de un peligro derivado de la demora tratándose de arbitrar unos instrumentos que garanticen frente a ese riesgo para hacer efectiva la tutela jurisdiccional⁵.

La Ley 29/1.998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, precisamente parte de la necesidad de garantizar la plena eficacia de la tutela judicial a la hora de abordar la nueva regulación de las medidas cautelares. La Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VI <<del procedimiento>> punto 5, indica al respecto:

“De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía

⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.277. El autor cita en apoyo de dicha opinión la siguiente relación doctrinal CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Cívitas, 1.992, p. 30 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla de las medidas cautelares*, 2ª ed., Cívitas, 1.995, p. 273 y ss.; QUIROGA CUBILLOS, *Procesos y medidas cautelares*, 2ª ed., Bogotá, 1.991, p. 9 y ss.; CAMPO CABAL, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Bogotá, 1.997, p. 15 y ss.; HERNÁNDEZ MEDIBLE, *La tutela judicial cautelar en el contencioso-administrativo*, Caracas, 1.998, p. 19 y ss.

los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.”

Por consiguiente, la protección cautelar constituye una garantía que el Juez puede adoptar siempre que las circunstancias del caso lo hagan necesario (artículo 129.1 LJ) aunque la regla general sigue siendo la ejecutividad del acto o disposición general. Y ello porque la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva (artículo 24.1 CE), tal como tiene declarado la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, al margen de la jurisprudencia analizada pueden citarse, dentro de la doctrina del Tribunal Constitucional, las Sentencias 238/1.992 de 17 de diciembre, F.J. 3º, dictada con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables 34/1.979 de 16 de noviembre, y 148/1.993 de 29 de abril, F.J. 4º, recaída en un recurso de amparo contra un Auto judicial.

El artículo 129 LJ de la Ley de 13 de julio de 1.998 parte del presupuesto de que se halle pendiente un proceso principal en que esté sometido a enjuiciamiento el acto o disposición administrativa a que se refiera la cautela. Sin embargo, en los casos contemplados en los artículos 29 y 30 LJ (inactividad de la Administración y vía de hecho), la Ley admite las denominadas <<medidas cautelarísimas>>, estos es, medidas previas a la interposición del recurso (artículo 136 LJ). Tales medidas no actúan, por

consiguiente, en relación con las disposiciones generales como los Reales Decretos reglamentarios.

La nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, por otra parte, no limita la naturaleza y el contenido de las medidas cautelares de modo que la suspensión ya no es la única medida posible. La adopción de dicho principio de libertad en la elección de las medidas a adoptar se funda, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, en la experiencia de los últimos años y en la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de imponer cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares, correspondiendo al Juez o al Tribunal determinar las que según las circunstancias son necesarias. Se regulan medidas *inaudita parte debitoris* -con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada (artículo 135 LJ)-.

La decisión sobre las medidas cautelares, en cualquier caso, recae en un procedimiento incidental que se sustancia en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo no superior a diez días y se resuelve mediante Auto dentro de los cinco días siguientes. Las medidas cautelares tienen como límite de vigencia el de la finalización del procedimiento principal si bien pueden ser revocadas o modificadas durante el curso del proceso si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado (artículos 131 y 132 LJ).

b.- Criterio determinante para adoptar la medida cautelar.

El criterio determinante para decidir sobre la adopción y el contenido de la medida cautelar radica como señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/1.998 de 13 de julio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130.1 LJ, en que **<<la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso**, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de los intereses en conflicto>>. El apartado 2 del precepto, no obstante, establece un límite a la regla general al disponer que <<la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero>>.

La regla básica para resolver el incidente cautelar recogida por la nueva regulación implica un cambio, al menos aparente, respecto de la norma seguida por la anterior Ley Jurisdiccional. En efecto, el artículo 122.2 LJ fundamentaba la adopción de la suspensión del acto o disposición en que la ejecución hubiese de ocasionar daños y perjuicios de reparación imposible o difícil. La aplicación de la norma encontraba la mayoría de las veces el obstáculo de la posibilidad de reparación al recurrente de los daños y perjuicios sufridos mediante el <<equivalente económico del perjuicio causado>>.

En este punto, cabe indicar que la doctrina del Tribunal Supremo, interpretativa del artículo 130 LJ, comenzó a ser establecida precisamente a raíz de la impugnación de un Real Decreto reglamentario. Así, el Auto de la Sección 4ª de 2 de marzo de 1.999 (Ar. 4.166. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO), en su F.J. 2, declara:

“En línea con tales previsiones normativas, esta Sala, en su Auto de 18 de noviembre de 1997, ya señaló que la suspensión de la ejecutividad de los actos y disposiciones normativas de la Administración responde a la naturaleza de las medidas cautelares que forman parte del propio derecho a una tutela judicial efectiva, en los términos que debe entenderse el derecho fundamental que reconoce el art. 24.1 CE. Y, en este sentido, la nueva Ley supera el matiz de excepcionalidad que tenía en la precedente la medida de suspensión e incorpora otras medidas cautelares posibles, incluso de carácter positivo.

El criterio clave es el de la garantía de la efectividad de la sentencia, aunque sin olvidar la incidencia concurrente de los intereses generales y de los terceros, como posible obstáculo a la adopción de la medida cautelar.

Por otra parte, la ley amplía la posibilidad de establecer **contramedidas, también innominadas**, para dotar de equilibrio a todos los posibles intereses concernidos. La idea clave de la finalidad legítima del recurso tiene un antecedente claro en el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y debe ser entendida de un modo específico como la finalidad realmente perseguida por el recurrente a través de su impugnación.

De esta manera, para decidir sobre la suspensión cautelar solicitada, ha de efectuarse, en primer lugar, una previa **ponderación de los intereses concurrentes**, públicos y/o de otros particulares en la ejecución de la

disposición o acto impugnado, de un lado, y de otro del interés privado del recurrente en la suspensión. Y así cuando las exigencias del interés público en la ejecución son tenues pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, pero cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios al interés privado de considerable entidad pueden determinar la suspensión del acto y, más aún si se trata de una disposición general. En este caso no cabe ignorar que se solicita la suspensión de un Real Decreto que tiende a limitar el gasto farmacéutico con importante repercusión en el propio sistema de financiación de la Seguridad Social.

En segundo término, aunque como idea clave de la decisión ha de evaluarse el auténtico riesgo de que con la ejecución, en este caso de la disposición, quede realmente comprometida la finalidad legítima del recurso, que en el presente caso sería la reintroducción de la especialidad farmacéutica «Inmunoféron» entre las financiadas por la Seguridad Social, además de la indemnización de los perjuicios que pudieran resultar de la ejecución de la disposición durante la sustanciación del proceso, lo que no parece que resulte fuera del alcance de una eventual sentencia estimatoria.”

El Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2 de marzo del 1.999 (Ar. 4.166) declara que el criterio clave para el otorgamiento de la suspensión solicitada de un Real Decreto reglamentario es el de la garantía de la efectividad de la sentencia que se dicte. La idea clave de la finalidad legítima del recurso tiene un antecedente claro en el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y debe ser entendida de un modo específico como <<la finalidad realmente perseguida por el recurrente a través de su impugnación>>.

Pero con carácter previo a dicho juicio ha de efectuarse, de un lado, una primera ponderación de los intereses públicos y/o de otros particulares concurrentes en la ejecución de la disposición o acto impugnado, y de otro, del interés privado del recurrente en la suspensión, para decidir sobre la suspensión cautelar solicitada. Y así, cuando las exigencias del interés público en la ejecución son tenues pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, pero cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios al interés privado de considerable entidad pueden determinar la suspensión del acto y, más aún si se trata de una disposición general como un Real Decreto reglamentario. A este respecto, la Resolución judicial destaca la posibilidad que ofrece la Ley de la Jurisdicción de acordar contramedidas innominadas, a lo que ha de añadirse la posibilidad de exigir al recurrente que preste caución o garantía (artículo 133 LJ), para dotar de equilibrio a todos los posibles intereses concernidos.

R. TRILLO TORRES⁶ mantiene que la noción de <<efectividad>> utilizada por el artículo 130 LJ remite al artículo 24 CE, como causa inmediata y directa de su empleo. En definitiva, se recoge la posición doctrinal previa del Tribunal Supremo –v.gr. Sentencia de 21 de julio de 1.997- según la cual se trata de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, lo que hace que sea el *periculum in mora* el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar y no la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que litiga con razón- *fumus boni iuris*-.

⁶ R. TRILLO TORRES, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Dirección: M. Baena del Alcázar), <<La suspensión y las medidas cautelares (arts. 129 a 136)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 880-881.

Y, en este punto, he de destacar que la referida posición jurisprudencial había sido ya reiterada con ocasión de la petición de suspensión de Reales Decretos reglamentarios en los Autos de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.998 (Ar. 9.379), F.J. 1, y 23 de noviembre de 1.998 (Ar. 9.381), F.J. 1. La última Resolución judicial (Ponente: S. MENÉNDEZ PÉREZ) declaraba interpretando la expresión <<daños y perjuicios de reparación imposible o difícil>> del antiguo artículo 122.2 LJ [F.J. 1º]:

“Expresión esta que, dada la relación instrumental de la tutela cautelar para con el derecho fundamental a la obtención de tutela judicial efectiva (por todos, Auto de este Tribunal Supremo de fecha 20 diciembre 1990, y SSTC números 14/1992, 238/1992 y 148/1993), debe entenderse en el sentido de daño o perjuicio, de situación en suma, impeditivo o gravemente obstaculizante del disfrute de ese derecho fundamental; o lo que es igual, impeditivo o gravemente obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente. La naturaleza jurídica que hoy por hoy es predicable de la institución cautelar en el recurso contencioso-administrativo, que no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, determina que sea aquél -el «periculum in mora»- el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar; ésta sólo deviene necesaria, atendida la naturaleza jurídica de la institución, cuando el citado derecho está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia en preservarlo. Requisito de la urgencia que se compone, por lo tanto, de dos aspectos no dissociables, constituidos por la necesidad de pronunciarse ya antes de la culminación del

proceso, ante la probabilidad de que se produzca ya en ese lapso de tiempo un perjuicio grave e irreparable, en el sentido antes dicho.”

De esta manera la adopción del <<*periculum in mora*>> como criterio determinante para la adopción de la medida cautelar se fundamenta en el carácter instrumental que la tutela cautelar tiene para la plena satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Y por tal ha de entenderse cualquier daño o perjuicio que determine una situación impeditiva o gravemente obstaculizante del disfrute de ese derecho fundamental; o lo que es igual, impeditiva o gravemente obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente

A pesar de la prevalencia del criterio del *periculum in mora*, R. TRILLO TORRES⁷ mantiene que la <<aparición de buen derecho>> constituye una técnica jurídica apta para fundamentar el aseguramiento provisional de la efectividad de la sentencia, en el supuesto de que sea estimatoria y ello a pesar de que en cierto modo toca la característica incertidumbre definidora del proceso. El buen fundamento aparente de la pretensión o de la oposición siempre ha sido un dato concurrente de modo tácito en las deliberaciones de los Tribunales lo que obligaba a que algún día se convirtiera en un instrumento jurídico explícito de manejo riguroso y sólidamente motivado por la autoridad judicial. Finalmente, el citado autor añade que existen en la Ley

⁷ R. TRILLO TORRES, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Dirección: M. Baena del Alcázar), <<La suspensión y las medidas cautelares (arts. 129 a 136)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 880-881.

de la Jurisdicción (artículo 136) dos casos de presunción favorable a la adopción de medidas cautelares en los supuestos de los artículos 29 y 30 LJ.

La jurisprudencia analizada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo muestra la consolidación de la técnica jurídica del *fumus boni iuris*⁸ como circunstancia habilitante para decidir sobre la suspensión. En concreto, puedo citar los Autos de 29 de octubre de 1.998 (Ar. 8.895), F.J. 4; 13 de enero de 1.999 (Ar. 268), F.J. 4; 17 de julio del 2.000 (Ar. 7.002), F.J. 3; y 2 de noviembre del 2.000 (Ar. 9.697), F.J. 2, que exigen como requisito para su apreciación que el mejor derecho aparezca de forma clara y evidente.

C. CHINCHILLA MARÍN⁹, por su parte, afirma que la nueva Ley de la Jurisdicción, en relación con los presupuestos de adopción de las medidas cautelares, contiene dos regulaciones diametralmente opuestas, según el objeto del recurso sea un acto o una disposición general (artículo 130) o sea la inactividad administrativa o la vía de hecho (artículo 136).

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.995, p. 177, examina el Auto de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1.990 (Ponente: F. GONZÁLEZ NAVARRO) que hizo aplicación por primera vez de la nueva técnica jurídica del *fumus boni iuris* en su F.J. 2º, afirmando que viene impuesta por el <<principio general del Derecho Comunitario a que aluden las Conclusiones generales del Abogado General en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1.990, principio que implícitamente hace suyo el Tribunal y que se resume en que *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*>>.

Asimismo cabe mencionar el artículo del citado autor: *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el marco del recurso directo contra reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, p. 411 y ss., en el que analiza el Auto de la Sección 3ª, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1.991, en el que por primera vez se aplicó el criterio de la <<apariencia de buen derecho>> al recurso directo contra reglamentos, con ocasión de la impugnación del artículo 139.3 del Reglamento de la Ley Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por Real Decreto 1.211/1.990 de 28 de septiembre.

⁹ C. CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, <<La tutela cautelar>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 581-585.

Para el primer supuesto, es decir, para el régimen común que afecta al control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios, el artículo 130 LJ ha adoptado el criterio del *periculum in mora*, entendido como la necesidad de evitar que el recurso pierda su finalidad. Y en cuanto al significado de dicha expresión, esto es, lo que puede hacer peligrar la efectividad de la tutela que con el recurso se pretende, entiende que son los perjuicios difíciles de reparar porque si fueran fácilmente reparables la efectividad no correría peligro alguno.

Para el segundo supuesto, referido a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, considera que el artículo 136 LJ ha adoptado el criterio del *fumus boni iuris*. La Ley ha dispuesto que la medida cautelar se adopte salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará circunstanciadamente.

Entiendo, sin embargo, que en este punto la Ley de la Jurisdicción va más allá de la aplicación del criterio del *fumus boni iuris* pues lo que sienta es la regla general de la adopción incondicionada de la medida cautelar solicitada salvo que no se den con evidencia las situaciones previstas en los artículos 29 y 30 LJ, esto es, mientras no concurra una <<*apariencia de mal derecho*>> o exista un perjuicio grave para los intereses generales.

En todo caso, la apreciación o no de la concurrencia del presupuesto necesario para la adopción de la suspensión como la que puede afectar a un reglamento del Gobierno, requiere la <<previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto>> (artículo 130.1 LJ) expresión que impone al Juez o Tribunal competente la necesidad de motivar detalladamente las circunstancias de hecho que determinan la aplicación de los preceptos de la Ley en el auto que resuelva el incidente cautelar. Y en este punto traigo a colación las consideraciones realizadas por la profesora M. FUERTES¹⁰. La citada autora ha puesto de manifiesto como tradicionalmente en las resoluciones judiciales de la Sala 3ª del Tribunal Supremo dictadas en relación con la adopción de medidas cautelares de suspensión subyace la convicción de estar decidiendo no sólo una cuestión relevante y compleja sino de gran repercusión por su eficacia general. Y esta idea originó la doctrina jurisprudencial, hoy felizmente superada con la nueva Ley en atención a las exigencias del derecho a la tutela cautelar, que insistía en el carácter absolutamente restrictivo del acuerdo suspensión y el convencimiento de su excepcionalidad.

Para que no se desconozca la situación del recurrente el artículo 130.2 LJ de la nueva Ley de la Jurisdicción ha matizado que la perturbación a los intereses públicos ha de ser grave, adjetivo que ha de entenderse en el sentido de <<grande, de mucha entidad o importancia>>, sin que puedan desconocerse tampoco los intereses de terceros, sean o no parte en el recurso.

¹⁰ M. FUERTES, *Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 157, enero-abril, 2.002, pp. 59 y 75-81.

c.- La medida cautelar de suspensión de una disposición general del Gobierno.

El artículo 129.2 LJ dispone que <<si se impugnare una disposición general y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda>>. El apartado transcrito supone una excepción a la regla general, sentada en el apartado primero del artículo, según la cual, los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

La limitación impuesta en el supuesto de impugnación de disposiciones generales como las aprobadas en Consejo de Ministros, en relación – exclusivamente- con el momento procesal de la petición de la medida de suspensión, entiendo que tiene un doble significado:

- 1) Por una parte, impide que pueda solicitarse como medida cautelarísima, con anterioridad a la interposición del recurso.
- 2) Por otra, prohíbe que se solicite con posterioridad a la presentación del escrito de demanda.

El fundamento de dicha restricción se encuentra, en opinión de quien suscribe estas líneas, en la trascendencia jurídica que tienen las disposiciones generales para la eficacia del Ordenamiento jurídico en su conjunto. En efecto, las normas reglamentarias (v.gr. las dictadas por el Gobierno) dado su

contenido regulatorio concreto de la materia sobre la que recaen, adquieren una indudable relevancia en la aplicación del Derecho. Por ello, la solicitud de la medida de suspensión de un reglamento, por ejemplo de un Real Decreto aprobado por el Gobierno, exige de la parte actora una decisión meditada, y por lo tanto necesariamente ligada al inicio del proceso, con lo que ha de ser impetrada al tiempo de solicitar la apertura del litigio o de fundamentar la pretensión sostenida. La Ley, por lo tanto, habilita al interesado para que ponga con la mayor celeridad posible su solicitud de suspensión de un Real Decreto normativo en conocimiento de la Sala 3ª del Tribunal Supremo pero siempre ligada a la formulación en el mismo escrito de una pretensión de declaración de nulidad de la norma.

La notoriedad que tiene la adopción de la medida de suspensión de un reglamento como los que dicta el Ejecutivo para el funcionamiento del sistema jurídico exige, además, la posibilidad de su conocimiento por el conjunto de sus destinatarios. Y de ahí que el artículo 134.2 LJ establezca, remitiéndose al artículo 107.2 LJ, que la suspensión de la vigencia de una disposición de carácter general será publicada en el plazo de diez días en el periódico oficial en el que aquélla se insertó (el B.O.E. en relación con los Reales Decretos reglamentarios).

Finalmente, cabe destacar que la regla contenida en el artículo 129.2 LJ opera respecto de la petición de la suspensión de disposiciones generales en los recursos directos contra reglamentos y respecto de los indirectos cuando de los mismos conozca el Tribunal competente para resolver una impugnación directa, la Sala 3ª del Tribunal Supremo cuando se trata de reglamentos aprobados en Consejo de Ministros. Y ello porque, en ambos casos, el objeto

material del proceso está constituido por la norma bien sea de modo exclusivo o bien conjuntamente con el acto impugnado.

d.- Breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el otorgamiento de la suspensión en recursos en los que se impugnan directa o indirectamente Reales Decretos reglamentarios.

El examen de los Autos de suspensión dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, correspondientes al periodo investigado, muestra el siguiente panorama jurisprudencial de dicha medida cautelar en procesos en los que se impugna un reglamento aprobado mediante Real Decreto.

a) Autos dictados en recursos directos contra reglamentos: once, todos desestimatorios. Dos de ellos deniegan la suspensión en procesos sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona por concurrir un perjuicio grave para el interés general (Autos de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de septiembre y 14 de noviembre de 1.992, Ar. 6.894 y 9.245, F.J. 2). Los nueve restantes son los siguientes (Auto de 4 de octubre de 1.993, Ar. 7.188; ; 9 de diciembre de 1.996, Ar. 9.071; 13 de octubre de 1.998, Ar. 9.379; 29 de octubre de 1.998, Ar. 8.895; 26 de noviembre de 1.998, Ar. 9.381; 13 de enero de 1.999, Ar. 268; 2 de marzo de 1.999, Ar. 4.166; 17 de julio de 2.000, Ar. 7.002; 2 de noviembre del 2.000, Ar. 9.697).

b) Autos dictados en recursos indirectos contra reglamentos, fundados todos ellos en la ilegalidad declarada del Real Decreto reglamentario: dieciseis. En todos ellos se confirma en apelación la suspensión previamente otorgada por un Tribunal Superior de Justicia de la norma del Gobierno apreciándose, como circunstancia habilitante para el mantenimiento de la medida adoptada, la nulidad de pleno derecho judicialmente declarada del reglamento.

Se trata de los Autos de la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1.994 (Ar. 266), F.J. 4; 11 de julio de 1.994 (Ar. 5.593), F.J. 3; 6 de junio de 1.995 (Ar. 4.609), F.J. 2; 12 de junio de 1.995 (Ar. 4.669), F.J. 3; 26 de junio de 1.995 (Ar. 4.786), F.J. 1; 27 de junio de 1.995 (Ar. 5.261), F.J. 4; dos de 11 de julio de 1.995 (Ar. 5.630 y 5.631), F.J. 3 y F.J. 2; 18 de septiembre de 1.995 (Ar. 6.418), F.J. 3; 22 de septiembre de 1.995 (Ar. 6.469), F.J. 1; 2 de octubre de 1.995 (Ar. 7.001), F.J. 2; dos de 20 de octubre de 1.995 (Ar. 7.119 y 7.120), F.J. 2; 30 de octubre de 1.995 (Ar. 7.394), F.J. 1; 3 de noviembre de 1.995 (Ar. 8.045), F.J. 1; y 28 de noviembre de 1.995 (Ar. 8.800), F.J. 2.

En concreto, la primera de las Resoluciones judiciales citadas, es decir, el Auto de 31 de enero de 1.994 (Ar. 266. J.E. PECES MORATE), en su F.J. 2 afirma:

“Declarada la nulidad de pleno derecho del precepto empleado por la Administración para imponer la multa, cuya suspensión ha acordado el Tribunal

«a quo», es de aplicación la doctrina de esta Sala, fijada, entre otros, en Autos de 6 abril, 27 junio, 10 julio y 26 diciembre 1989, según la cual «el hecho de que el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa guarde silencio sobre **la nulidad de pleno derecho como supuesto bastante para justificar la suspensión**, no impide que dicha nulidad pueda operar no sólo en vía administrativa, sino también en el campo procesal, **siempre que de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la posibilidad de concurrencia** de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento jurídico», y aunque esta misma Sala y Sección, recogiendo doctrina contenida en los Autos de la propia Sala de 10 y 15 julio 1989 y 2 y 19 noviembre 1993, haya declarado, en su Auto de 15 enero 1994, que la virtualidad de este criterio es escasa al no ser el incidente de suspensión un trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito, sin embargo no es tanto que en los acuerdos, impugnados en vía jurisdiccional, se aprecie de una manera terminante, clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento jurídico [artículo 62.1,a de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común], cuanto que tal nulidad ha sido declarada expresamente respecto de la disposición general empleada por la Administración para imponer las sanciones, cuya revisión jurisdiccional se ha pedido mediante la interposición del presente recurso contencioso-administrativo al tiempo que se ha solicitado la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos sancionatorios impugnados, fundándose precisamente en la nulidad de pleno derecho de aquella disposición.”

Por consiguiente, la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo se concreta en emplear el <<*fumus boni iuris*>> como criterio determinante para desestimar en vía de recurso la petición de revocación de la suspensión de un Real Decreto reglamentario otorgada por el

Tribunal *a quo*. En concreto, sostiene el Tribunal Supremo que <<la nulidad de pleno derecho>> del reglamento del Gobierno constituye presupuesto bastante para justificar la suspensión siempre que de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la posibilidad de concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro Ordenamiento jurídico, lo que sucede, claro está, cuando dicha nulidad ha sido ya declarada, por ejemplo en el supuesto del artículo 62.1.a) LRJAPYAC, mediante una Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en un previo recurso de amparo.

B.- El proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

a.- El proceso de amparo ordinario de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los derechos fundamentales constituyen por su vinculación directa con los valores promovidos por la Constitución una pieza clave de nuestro Ordenamiento jurídico. Los mismos se configuran como derechos subjetivos reconocidos como propios del individuo pero, a su vez, constituyen reglas objetivas situadas al frente de nuestro Derecho, con trascendente relevancia para el funcionamiento del Estado mismo.

De acuerdo con el destacado papel que los derechos fundamentales desempeñan en el Ordenamiento, la Constitución ha previsto un doble sistema específico de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales al establecer en su artículo 53.2 que <<cualquier ciudadano podrá recabar la

tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30>>.

Pues bien, poco antes de la promulgación del texto constitucional se aprobó (como consecuencia de los denominados <<Pactos de la Moncloa>>, de 27 de octubre de 1.977) la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre cuyo ámbito de protección de derechos fundamentales se acomodó al del artículo 53.2 CE en virtud de lo dispuesto en el Decreto 342/1.979, de 29 de febrero y la Disposición Transitoria 2.2 LOTC. En lo relativo a la materia contencioso-administrativa, el procedimiento se regulaba en la Sección 2ª de la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre, artículos 6 a 10, con el rótulo <<garantías contencioso-administrativas>>. Como indica E. CÁNCER LALANNE¹¹, en esta regulación se preveían una serie de especialidades en relación con el proceso jurisdiccional ordinario que se centraban en los siguientes aspectos del proceso: la supresión de la carga de agotar la vía administrativa para poder iniciar el proceso especial de protección jurisdiccional; la generalización de la posibilidad de lograr la suspensión de los efectos del acto impugnado, invirtiendo las reglas del proceso ordinario; la innecesariedad de esperar a la remisión del expediente para poder plantear la demanda; la reducción del período de prueba; la supresión del trámite de conclusiones y el acortamiento del plazo para dictar sentencia. En materia de recursos, la apelación no

¹¹ E. CANCER LALANNE, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Dirección: M. BAENA DEL ALCÁZAR), <<El procedimiento de protección de los derechos fundamentales (arts. 114 a 122)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 743.

producía el normal efecto suspensivo de la ejecución. Respecto de las costas se establecía el sistema de vencimiento objetivo.

Asimismo, pueden citarse como especialidades de este procedimiento que ya contenía la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre, la intervención del Ministerio Fiscal (artículos 7 y 8) para <<velar por el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas>> (artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1.981) y la legitimación activa del Defensor del Pueblo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 162.1.b) CE y 46.1.a) y b) LOTC.

Por otra parte conviene indicar que, como pone de manifiesto J. GONZÁLEZ PÉREZ¹², la jurisprudencia desde un principio ha dejado claro la coexistencia, alternatividad o simultaneidad del proceso administrativo ordinario y de este proceso especial de modo que entre ambos no opera la excepción de litispendencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1.984 de 20 de febrero; 84/1.987 de 29 de mayo; 42/1.989 de 16 de febrero; y 98/1.989, de 1 de junio). Y entiende que tal doctrina resulta congruente con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, dadas las dificultades de delimitar el objeto y la imposibilidad de ejercitar sucesivamente las referidas vías procesales.

¹² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1.998 de 13 de julio)* Vol. II, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, p. 2.117.

Finalmente, he de destacar que existía en la regulación de la Ley de 26 de diciembre de 1.978 una importante restricción en cuanto al objeto material del proceso por cuanto el artículo 6 se refería exclusivamente a la impugnación de los actos de la Administración pública, sujetos a Derecho administrativo, que afectaren al ejercicio de los derechos fundamentales.

La causa de la lesión especificada en la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre, sin embargo, fue interpretada extensivamente por la jurisprudencia para incluir además de los actos, los reglamentos y la vía de hecho. En este sentido, se pronunciaron ya las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1.983 (Ar. 3.915), Cdo. 2º, y de 25 de febrero de 1.984 (Ar. 985), Cdo. 3º, dictadas con ocasión de la impugnación de sendos Reales Decretos reglamentarios. Y, ya dentro de la jurisprudencia examinada, ha de citarse la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1.995 (Ar. 6.654. Ponente: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS) que expone la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inclusión de las disposiciones generales como las del Gobierno dentro del objeto material del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales al declarar [F.J. 1]:

“En cuanto a la primera de esas cuestiones, la doctrina de este Tribunal, aunque con alguna vacilación, ha sido favorable a la apertura del proceso especial a la impugnación de disposiciones generales, naturalmente cuando esa impugnación se fundamenta adecuadamente en la vulneración de derechos fundamentales, como lo revelan, entre otras, las Sentencias de 14 agosto 1979 (de la extinguida Sala 3.ª), la de 16 abril 1985 (de la misma extinguida Sala), la de 10 noviembre

1986 (de la misma Sala), y la de 28 noviembre 1990 (de la actual Sala 3.^a), tesis además consagrada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 marzo 1984 (STC 31/1984), fundamentos jurídicos 4.º y 5.º

En el caso actual la relación establecida por el recurrente entre el Real Decreto y el derecho fundamental de huelga es suficientemente rigurosa, para entender que el planteamiento de la cuestión desde la perspectiva de ese derecho cumple las exigencias necesarias, incluso las más severas, para la viabilidad del cauce procesal elegido. Aun en la hipótesis de que entendiéramos que el Real Decreto impugnado es una norma de ordenación intemporal, y no referida a una concreta huelga, no puede negarse que produzca una repercusión inmediata sobre ese derecho, pues es indudable que, de aceptar su validez, el derecho de huelga de los trabajadores del Ente Público RTVE y sus sociedades queda normativamente limitado, lo que es bastante para que se pueda enjuiciar si esa limitación es respetuosa con dicho derecho fundamental o lo vulnera.”

Por lo tanto, la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo anterior a la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998, aunque con alguna vacilación, se mostró favorable a la apertura del proceso especial regulado en la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre para la impugnación de los Reales Decretos reglamentarios, siempre que esa impugnación se fundamentara adecuadamente en la vulneración de derechos fundamentales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1.984 de 7 de marzo (Ponente: J. AROZAMENA SIERRA) en la que se resuelve un recurso de amparo planteado contra determinados artículos del Real Decreto 124/1.982 se pronuncia asimismo a favor de la impugnación de los Reales Decretos reglamentarios a través de este proceso especial. El sindicato recurrente

alegaba en la demanda, como lesiva del artículo 24.1 CE, la decisión del Tribunal Supremo de inadmitir a trámite el recurso directo planteado de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley de 26 de diciembre de 1.978 al estimar que el artículo 6 se refiere tan sólo a los actos por lo que la impugnación de una disposición general no podía hacerse valer por la vía procesal de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En concreto, el F.J. 4º declara:

“La literalidad de los términos empleados en el artículo 6.º de la Ley 62/1978 (y en otros preceptos de esta Ley) no debe llevar a la idea de que la distinción entre «acto» y «disposición», muy presente en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e integradora con aquélla del conjunto normativo que disciplina el proceso de que tratamos, excluye de este proceso la impugnación de disposiciones cuando a ellas se imputa la violación de un derecho o libertad, porque la concepción limitada a los actos que pudiera apoyarse en los términos literales de aquellos preceptos debe corregirse acudiendo a lo que en este punto, y dentro del marco del artículo 53.2 de la Constitución Española, dispone el artículo 43.1 de la LOTC, comprensivo de las disposiciones y actos, ineludible, por lo demás, desde la necesaria igual amplitud en estos aspectos del proceso judicial procedente y preferente, atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, y el proceso de amparo atribuido a la justicia constitucional.”

Por lo tanto, en relación con la legislación previa, el Tribunal Constitucional afirma que la literalidad de los términos empleados en el artículo 6º de la LPJDFP no debe interpretarse en el sentido de que el término <<acto>> empleado excluye de este proceso la impugnación de disposiciones generales como las del Ejecutivo cuando a ellas les sea imputable la violación

de un derecho o libertad. Dicha conclusión se funda en el examen del artículo 43.1 de la LOTC que delimita el objeto material del recurso de amparo contra las actuaciones del Gobierno y las Comunidades autónomas y comprende dentro del mismo tanto las disposiciones generales como los actos, siendo así que es obligado que el recurso de amparo ordinario y el constitucional tengan la misma amplitud.

En la actualidad, la Ley 29/1.998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (artículos 114 a 122 del Capítulo I, del Título V) ha venido a sustituir, en lo referente a la protección de los derechos fundamentales ante la referida jurisdicción, la regulación contenida en los artículos 6 a 10 de la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre, lo que supone la ruptura del desarrollo unitario del artículo 53.2 CE. Y, en relación con la nueva normativa, pueden destacarse como novedades más significativas, las siguientes:

1) El procedimiento se define como preferente y urgente¹³. La preferencia se encuentra declarada en el artículo 114.3 LJ y la sumariedad se deduce del acortamiento de plazos. Así, el plazo de interposición del recurso es de 10 días (artículo 115 LJ), de 5 días para la remisión del expediente (artículo 116 LJ), de 8 para la demanda y contestación (artículos 118 y 119 LJ), de 20 días para la proposición y práctica de la prueba (artículo 120 LJ) y de 5 días para dictar sentencia (artículo 121 LJ). Además, la petición de remisión

¹³ J. TORNOS MAS, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), <<Procedimientos especiales>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, sin embargo, niega que el procedimiento se defina como sumario aunque le atribuye la nota de la celeridad, pp. 510-512.

del expediente se realizará con carácter urgente al órgano administrativo que corresponda el mismo día de interposición del recurso o el siguiente.

2) Se concretan las pretensiones que pueden hacerse valer en el procedimiento remitiéndose al régimen general de los artículos 31 y 32 LJ. La opción de la Ley de la Jurisdicción se sitúa claramente en la voluntad superadora de las limitaciones anteriores deducidas por la jurisprudencia que había negado que el procedimiento pudiera entenderse como cauce adecuado para entrar a resolver asuntos de legalidad ordinaria, <<salvo en los derechos fundamentales de configuración legal>>¹⁴. La Ley pretende, por lo tanto, como indica la propia Exposición de Motivos, superar la rígida distinción entre la legalidad ordinaria y los derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos.

En este sentido, la Exposición de Motivos precisa, además, que el objeto del recurso se regula de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo constitucional (presupuesto procesal del procedimiento) desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el Ordenamiento jurídico. Así, el artículo 121.2 LJ establece que <<la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico

¹⁴ C. GUTIÉRREZ VICEN, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinador: B. PENDÁS GARCÍA), <<Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales>>, Editorial praxis, 1.999, Barcelona, pp. 431-432. El autor pone como ejemplo de la aludida jurisprudencia anterior a la Ley de la Jurisdicción, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1.995 (Ar. 5.762), con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1.990, de 30 de abril; de 21 de julio de 1.995 (Ar. 5.948); y de 4 de marzo de 1.996 (Ar. 2.169).

incluso desviación de poder, y como consecuencia de la misma se vulnere un derecho de los susceptibles de amparo>>.

3) En cuanto, a su objeto material, ha de estarse a la regla general del artículo 25 LJ que admite el recurso contencioso-administrativo en relación con las disposiciones generales, actos expresos o presuntos de la Administración pública, la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Por consiguiente, incluye los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros.

4) Se ha eliminado sin justificación discernible el régimen privilegiado de la suspensión de los actos y el régimen objetivo de la condena en costas por vencimiento¹⁵.

5) Se introduce un trámite de inadmisión en el que participan las partes y el Ministerio Fiscal (artículo 117 LJ).

¹⁵ En este sentido, se pronuncia E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. II*, 8ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 685.

b.- Breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada con ocasión de la impugnación de reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

Del conjunto de Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo examinadas en relación con el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales en los que se impugnan Reales Decretos reglamentarios, 18 en total, 14 son desestimatorias (Sentencias de 2 de marzo de 1.988, Ar. 2.148; 11 de marzo de 1.988, Ar. 2.264; 30 de abril de 1.988, Ar. 4.024; 9 de mayo de 1.989, Ar. 3.625; 9 de octubre de 1.991, Ar. 7.701; 27 de febrero de 1.992, Ar. 1.165; 20 de noviembre de 1.992, Ar. 9.179; 15 de abril de 1.994, Ar. 2.827; 21 de noviembre de 1.994, Ar. 9.266; 1 de diciembre de 1.994, Ar. 1.576/1.995; 4 de diciembre de 1.995, Ar. 9.044; 31 de enero de 1.997, Ar. 597; 16 de enero de 1.998, Ar. 566; y 29 de octubre de 1.999, Ar. 3.798) y sólo 3 estiman la pretensión de declaración de nulidad del Real Decreto impugnado (Sentencias de 15 de septiembre de 1.995, Ar. 6.654; 7 de diciembre de 1.995, Ar. 9.368; y 20 de febrero de 1.998, Ar. 2.362) mientras que 1 inadmite el recurso en apelación (Sentencia de 6 de mayo de 1.988, Ar. 4.071).

Cuatro Sentencias de las analizadas resuelven recursos indirectos contra Reales Decretos reglamentarios confirmando la viabilidad procesal de esta clase de recursos en procesos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales. En concreto, resuelven pretensiones de este tipo, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1.988 (Ar. 2.148), F.J. 1; 11 de marzo de 1.988 (Ar. 2.264),

F.J. 1; 6 de mayo de 1.988 (Ar. 4.071), F.J. 1; y 7 de diciembre de 1.995 (Ar. 9.368), F.J. 1.

Asimismo, cabe mencionar los dos Autos de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de septiembre y 14 de noviembre de 1.992 (Ar. 6.894 y 9.245), respectivos FF.JJ. 2º, que deniegan la suspensión solicitada del reglamento del Gobierno recurrido y otro Auto de la misma Sección de 4 de abril de 1.995 (Ar. 3.002), F.J. 2º, que declara la inadmisión del recurso por inadecuación del procedimiento fundándose en que <<*prima facie*>> puede afirmarse sin duda alguna que la disposición general impugnada no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados.

C.- La responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio u omisión de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

a.- La responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de la potestad reglamentaria.

La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene recogida en los artículos 139 y siguientes LRJAPYAC. Cualquiera que sea la naturaleza de la actuación del Gobierno o de la Administración, siempre que se den los requisitos determinantes de responsabilidad, nace el derecho a ser indemnizado. Y los requisitos deducidos por la doctrina y la jurisprudencia para apreciar la existencia de tal responsabilidad son: antijuridicidad de acto u omisión lesivo, imputación a una Administración pública y nexo de causalidad entre la actuación de la Administración y la lesión sufrida.

La ulterior resolución desestimatoria de la reclamación patrimonial deducida en relación con un Real Decreto reglamentario sería recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 26.3 LG) a través el procedimiento ordinario residiendo la especialidad de su control jurisdiccional únicamente en el objeto del proceso. En efecto, la pretensión del actor sería de las denominadas de <<plena jurisdicción>> en cuanto solicita no sólo la anulación del acto denegatorio de su reclamación sino el reconocimiento de su situación jurídica con la indemnización de los daños y perjuicios alegados.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la acción u omisión determinante de la lesión patrimonial imputada estará siempre referida a las personas físicas. Así, para que sea responsable una persona jurídica, es necesario que la persona física esté integrada en la organización administrativa.

En relación con el objeto de la presente investigación, J. GONZÁLEZ PÉREZ¹⁶ sostiene que el Gobierno –y, en su caso, las Administraciones públicas- en el ejercicio de la función reglamentaria –de acuerdo con la Constitución y las leyes, según el artículo 97.1 CE- puede ocasionar daños evaluables económicamente e individualizados con relación a una persona o grupos de personas. Daños en los que concurren los requisitos del artículo 139.2 LRJAPYAC. La eficacia general del reglamento o disposición general no impide que el daño pueda ser individualizado. Y la jurisprudencia ha

¹⁶ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Cívitas, Madrid, 2ª edición, 2.000, pp. 294-295.

reconocido la procedencia de indemnizar los perjuicios ocasionados por una disposición general que infringía el Ordenamiento jurídico y fue declarada nula por sentencia, como se reconoció en una reiterada jurisprudencia elaborada con ocasión de la anulación de la Orden de 4 de julio de 1.987 que rebajó el margen comercial de los farmacéuticos. Así, entre otras muchas, dicho autor cita las Sentencias de 15 de octubre y 6 de diciembre de 1.990 (Ar. 8.126 y 8.802), 5 de diciembre de 1.991 (Ar. 9.283), 9 de marzo de 1.992 (Ar. 2.138), 14 y 22 de mayo de 1.993 (Ar. 3.748 y 3.788), 10 de mayo y 4 de octubre de 1.994 (Ar. 4.231 y 7.392).

En relación con la exigencia de responsabilidad patrimonial en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, he de señalar en la jurisprudencia objeto de estudio dos supuestos en los que la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha apreciado falta de legitimación activa en las personas jurídicas que ejercitaban una acción de plena jurisdicción (antiguo artículo 42 LJCA y actual artículo 31.2 LJCA). En efecto, los recurrentes pretendían, además de la declaración de nulidad del Real Decreto reglamentario recurrido, la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de su vigencia, afirmando el Tribunal que la parte actora no era titular un derecho subjetivo o un interés legítimo cuya lesión por la disposición recurrida pudiera dar lugar a un daño indemnizable por cuanto el mismo correspondía a los concretos particulares afectados. En este sentido, se pronuncian las Sentencias de 23 de enero de 1.998 (Ar. 1.261), F.J. 3; y de 15 de noviembre de 1.999 (Ar. 10.039), F.J. 2.

b.- La responsabilidad patrimonial por inactividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La omisión por parte del Gobierno de su obligación de dictar un Real Decreto reglamentario puede crear una situación de <<ilegalidad omisiva>>, es decir, una situación de infracción del principio de jerarquía normativa al vulnerar la Constitución o la Ley derivándose de la misma daños y perjuicios para los particulares. Pues bien, como ya señalé al tratar del control judicial de la inactividad administrativa del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria, especialmente en los supuestos en los que la obligación de dictar el reglamento omitido estaba sujeta a un plazo fijado en la ley de remisión, resulta innegable la legitimación de los particulares afectados para impugnar la inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y exigir la reparación de la lesión patrimonial que hubieran sufrido.

M. GÓMEZ PUENTE¹⁷, sin embargo, sostiene que en relación con la inactividad reglamentaria no son frecuentes las condenas indemnizatorias lo que puede obedecer a las siguientes causas: En primer lugar, a la dificultad para concretar la existencia de un daño, como lesión antijurídica, habida cuenta de que la potestad reglamentaria tiene una finalidad normativa o

¹⁷ M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano (Navarra), 2.000, p. 385.

reguladora, con alcance general e indeterminado, de modo que no toda desventaja o perjuicio resultante de aquélla, por acción o por omisión, constituye una lesión antijurídica en el sentido de que no exista un deber legal de soportarla. En segundo término, a la dificultad para concretar la relación de causalidad entre la omisión reglamentaria y un daño que, conforme a lo previsto en el artículo 139.2 LRJAPYAC, ha de ser <<efectivo, evaluable económicamente e individualizable>>. Y, en tercer lugar, debido precisamente a la dificultad para individualizar los daños que derivan de la omisión de una actividad como la reglamentaria que, por lo general, tiene una proyección difusa y objetiva, una eficacia general e indeterminada que es necesario singularizar mediante actos administrativos. Ello no obstante, el autor cita la Sentencia de 8 de mayo de 1.985 (Ar. 2.339) en la que el Tribunal Supremo falló a favor de la petición del recurrente dirigida a la adopción de una medida reglamentaria, declarando la obligación del Gobierno de dar inmediato cumplimiento a lo establecido en la norma legal y regular la materia afectada aunque no concedió la indemnización solicitada por entender que los demandantes no habían ofrecido prueba alguna de la realidad de los daños.

J. GONZÁLEZ PÉREZ¹⁸, por su parte, menciona en relación con la responsabilidad patrimonial por omisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1.989 (Ar. 9.009) que consideró que no había lugar a indemnizar la demora existente en la fijación de precios máximos agrícolas cuando se vendió a un precio inferior voluntariamente.

¹⁸ J. GONZALEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Cívitas, Madrid, 2ª edición, 2.000, p. 297.

2.- LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO COMUNITARIO.

A.- La vinculación del Derecho nacional con el Derecho comunitario.

En las relaciones del Derecho comunitario con el Derecho nacional de cada uno de los Estados miembros, la premisa fundamental de la que ha de partirse es que el Derecho comunitario forma parte del Ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros y, por tanto, constituye Derecho propio de cada uno de ellos en la misma medida que el Derecho creado por los órganos constitucionales de cada Estado. Como indica C. F. MOLINA DEL POZO¹⁹, los tribunales españoles han de servirse del Derecho comunitario con la misma naturalidad con que emplean el Derecho interno, toda vez que aquél se integra en los sistemas jurídicos nacionales formando parte consustancial con ellos.

Por consiguiente, en caso de conflicto entre una norma comunitaria y un Real Decreto reglamentario, el juez nacional habrá de aplicar la norma comunitaria e inaplicar el reglamento. Si se tratara, en cambio, de un recurso directo o indirecto contra un Real Decreto, la contradicción mencionada podría fundamentar la estimación del recurso y, por lo tanto, la declaración de nulidad del reglamento impugnado.

¹⁹ C. F. MOLINA DEL POZO, *Derecho Administrativo y Derecho Comunitario: Las Fuentes*. Editorial Trivium, Madrid, 1.988, p. 126.

En este punto el Tribunal de Justicia declaró, en la Sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1.978, que <<el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia las disposiciones del Derecho Comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier procedimiento constitucional>>.

El Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (firmado en Roma el 25 de marzo de 1.957 y que en su versión actual acoge las modificaciones del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1.997) ofrece, sin embargo, dentro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea dos procesos específicos en los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha de resolver pretensiones directamente vinculadas con la validez y aplicabilidad de normas reglamentarias dictadas por un Estado miembro, como es el caso de los Reales Decretos reglamentarios que vulneren normas de Derecho comunitario. Tales procesos son: a) la cuestión prejudicial de validez e interpretación y b) el recurso por incumplimiento. Además, ha de tenerse en cuenta que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE ha afirmado el principio de responsabilidad de los Estados nacionales por incumplimiento del Derecho comunitario.

B.- La cuestión prejudicial de interpretación y validez del Derecho comunitario.

a.- La posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el conjunto del sistema judicial de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comparte la aplicación del Derecho comunitario con los jueces nacionales, que tienen una competencia general como jueces ordinarios del nuevo Ordenamiento jurídico y con el Tribunal de Primera Instancia. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia Europeo no es el intérprete exclusivo del Derecho comunitario, aunque sí el intérprete supremo²⁰.

Los órganos jurisdiccionales nacionales son los garantes de la ejecución descentralizada del Derecho comunitario. La relación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y el Juez nacional no es de subordinación institucional ni procesal. En efecto, ni el TJCE es superior jerárquico de los órganos judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea ni los respectivos Tribunales Supremos de éstos pueden casar o revisar las resoluciones judiciales que dicte aquél²¹.

²⁰ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I), en la fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 34, Madrid, 2.001, p. 287.

²¹ M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II), en la fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, número 34, 2.001, pp. 323-324.

b.- La cuestión prejudicial de interpretación o validez como remedio procesal que permite el control de la subordinación a los Tratados y la aplicación homogénea del Derecho derivado en la totalidad de los Estados miembros.

La aplicación del Derecho comunitario queda en manos de las autoridades nacionales en régimen de descentralización. Si se dejara por completo en manos de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros el control de dicha fase podrían surgir diferencias entre unos y otros Estados. Para evitar ese riesgo, el ordenamiento comunitario cuenta con el mecanismo de la cuestión prejudicial en virtud del cual los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de un litigio pendiente ante ellos pueden o deben, según sus decisiones sean o no susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, dirigirse al Tribunal de Justicia solicitando un pronunciamiento acerca de alguna duda sobre la interpretación o la validez del Derecho comunitario cuya solución se presenta necesaria para permitirles emitir una resolución. Forma parte pues del orden público comunitario.

La cuestión prejudicial supone el empleo de la técnica del reenvío judicial con el objeto de obtener la interpretación o bien la declaración de validez de determinadas normas comunitarias. Su funcionalidad es doble ya que, por un lado, facilita enmarcar la validez de todo el Derecho derivado generado por el aparato político del sistema comunitario globalmente considerado y, por otro, permite fijar a través de la intervención del Tribunal de Justicia la interpretación uniforme a respetar por los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros.

R. ALONSO GARCÍA²² puso de manifiesto como desde los mismos comienzos del funcionamiento de la Comunidad pudo constatarse que la cuestión prejudicial de interpretación era con frecuencia planteada en un contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener del Tribunal de Justicia una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto (así, v.gr., en el asunto 26/62, “Van Gend & Loos”, 1.963, ECR, 1 y 6/64, “Costa”, 1.964, ECR, 585). Y ello a pesar de que el antiguo artículo 177, actual artículo 234 TCE, parece circunscribir la cuestión prejudicial a la existencia de una duda razonable que surja con relación a la interpretación del Derecho comunitario, abstracción hecha del Derecho nacional.

En concreto, en la Sentencia del caso *Costa-ENEL* de 15 de julio de 1.964, el Tribunal de Justicia afirmó que aunque el artículo 177 TCE no le permite decidir sobre la interpretación, alcance o validez del Derecho nacional en su relación con el comunitario, pronunciamiento éste circunscrito al marco de la acción por incumplimiento (asunto 66/77, “Kuyken”, 1.977, ECR, 2.311), el Tribunal sí tiene competencia para deducir de las cuestiones prejudiciales planteadas aquellos elementos que entran en el ámbito de interpretación del

²² R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario y Derechos nacionales: autonomía, integración e interacción*, Editorial Abeledo-Perrot, 1.999, Buenos Aires, República Argentina, pp. 80-81. Conviene destacar a este respecto que, en la actualidad, el artículo 225.3 TCE (en la redacción dada por el Tratado de Niza firmado por los Estados miembros el 26 de febrero del 2.001 y ratificado por España en virtud de la autorización previa otorgada por la Ley Orgánica 3/2.001 de 6 de noviembre), establece la posibilidad de que el **Tribunal de Primera Instancia** conozca igualmente de cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 234 TCE, en materias específicas determinadas en su Estatuto. En consecuencia, la pretensión del juez nacional deducida en tales cuestiones será conocida en primer término por dicho Tribunal y sólo posteriormente, en caso de remisión o reexamen del asunto, será resuelta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Derecho comunitario con el propósito de permitir al juez nacional resolver el problema jurídico que se encuentra (asuntos 91 y 127/93, “*Heineken*” 1.984, ECR, 3425), o para permitirle apreciar los efectos de la normativa nacional (asunto 112/75, “*Hirardin*”, 1.976, ECR, 553) o para apreciar sin más la conformidad de la legislación nacional con la comunitaria (asunto 237/82, “*Jongeneel Kaas*”, 1.984, ECR, 483).

Ello ha conducido, en la práctica, a que buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejen, desde la perspectiva del control judicial comunitario sobre el Derecho nacional, a las acciones por incumplimiento siendo frecuentes las sentencias dictadas en el marco del antiguo artículo 177 TCE que realizan “indirectamente” un juicio de compatibilidad entre la concreta normativa nacional y las disposiciones comunitarias cuya interpretación se solicita. En consecuencia, por esta vía jurisdiccional puede un juez nacional solicitar la interpretación de una norma del Derecho comunitario en relación con la que aprecia una aparente contradicción con una determinada normativa reglamentaria (v.gr., un Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros).

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, sin embargo, ha hecho hincapié en alguna Sentencia como la de 27 de abril de 1.998 (Ar. 3.328. Ponente: C. MOVILLA ÁLVAREZ. Sección 3^a), dictada con ocasión de la impugnación del Real Decreto 1.541/1.994, de 29 de diciembre, sobre el alcance y finalidad de la cuestión prejudicial de interpretación o validez. En concreto, mantiene en su F.J. 5º que <<la misión del Tribunal de Justicia es interpretar el Derecho Comunitario, originario o derivado, y no pronunciarse acerca de la compatibilidad con ese ordenamiento de una

disposición nacional ni sobre la interpretación del Derecho interno de cada país, materia que es competencia exclusiva y excluyente de las jurisdicciones nacionales>>.

El TJCE efectivamente no declara en sus sentencias si una determinada norma de Derecho interno es o no válida con arreglo al ordenamiento jurídico comunitario ni interpreta el Derecho español. Sin embargo, al resolver la sentencia la cuestión de Derecho comunitario planteada, su interpretación inevitablemente cuestiona o confirma la validez de Real Decreto impugnado. Y en este último sentido, ciertamente impropio, de constituir un elemento de conocimiento del Derecho para resolver el recurso contencioso-administrativo que lo motivó, la cuestión prejudicial sí supone un medio de control “indirecto” de la normativa dictada por el Gobierno.

c.- Cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a instancia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las que se cuestiona la interpretación del Derecho comunitario en relación con recursos impugnatorios de Reales Decretos legislativos o Reales Decretos reglamentarios.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según se deduce de un análisis de su repertorio de jurisprudencia, había dictado hasta comienzos del año 2.002 un total cinco Sentencias en relación con diferentes cuestiones prejudiciales de interpretación o validez planteadas por todas las Salas del Tribunal Supremo haciendo uso del artículo 234 TCE (antiguo artículo 177 TCE).

Pues bien, de las cinco Sentencias ya dictadas, cuatro lo fueron en cuestiones de interpretación planteadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en relación con recursos en los que se impugnaban Reales Decretos legislativos o Reales Decretos reglamentarios. Dicho dato pone pues en evidencia la íntima conexión existente entre la validez de la regulación contenida en un reglamento del Gobierno y la correcta interpretación que éste haga del Derecho comunitario que pretende desarrollar a través de la elaboración de la citada norma (ya sea de los propios fines y políticas generales del Derecho comunitario consagrados en el Tratado de Roma, de un Reglamento o de una Directiva que se traspone al ordenamiento interno).

Las cuestiones decididas han sido publicadas como he señalado en el Repertorio de Jurisprudencia del propio Tribunal²³ y hacen referencia, como es lógico, al Auto del Tribunal Supremo que planteó la cuestión. Sin embargo, excepto en relación con la primera de las SSTJCE que se citan a continuación, respecto del resto de las cuestiones de interpretación, el repertorio de jurisprudencia examinado no contiene referencia alguna a las Sentencias del Tribunal Supremo resolutorias de los recursos contencioso-administrativos que las suscitaron.

La relación de cuestiones prejudiciales de interpretación que fueron planteadas por la Sala 3ª del Tribunal Supremo español ante el TJCE y que han sido ya decididas por Sentencia es la siguiente:

²³Las SSTJCE han sido publicadas en: *Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, Parte I*, Publicaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. L-2.985 Luxembourg. ISSN 1.022-8.381.

La primera cuestión resuelta por la Sala 5ª del TJCE mediante Sentencia de 4 de mayo de 1.993 (Asunto C-17/92), fue planteada por ATS de 12 de diciembre de 1.991, y dio lugar a la STS de 3 de noviembre de 1.993.

De esta última Resolución, dictada por la Sala 3ª, Sección 3ª (Ar. 8.847), F.J. 7º, pueden extraerse las siguientes consideraciones :

1) El Tribunal Supremo sigue fielmente la decisión contenida en la STJCE en virtud de la doctrina de <<autoridad de cosa interpretada>> de la Resolución judicial.

2) Declara contrario a Derecho un precepto del Real Decreto legislativo 1.257/86, de 10 de junio que adaptaba las Leyes de 27 de abril de 1.946 y 3/1.980 de 10 de enero a las normas de Derecho comunitario en virtud de la habilitación concedida por la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1.986, fundándose en la siguiente argumentación jurídica: El precepto es contrario al artículo 59 Tratado CEE (versión original) en cuanto exige a los distribuidores de películas con procedencia de la CEE que su licencia se condicione a la distribución de una película española por cada cuatro comunitarias.

La segunda cuestión (Asunto C-205/99) resuelta por STJCE de 20 de febrero del 2.001 fue planteada por ATS de 12 de mayo de 1.999. La cuestión se centró sobre la interpretación de los artículos 1, 2 y 4 del Reglamento (CEE) número 3.577/92 del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros.

La Resolución del TJCE declaró que podía exigirse autorización previa para la navegación de cabotaje siempre que se dieran ciertas circunstancias.

De la interpretación hecha por el TJCE al caso planteado, puede inferirse, por consiguiente, que el artículo 4 del Real Decreto 1.446/97 que establecía dicha autorización no era contrario al Reglamento CEE 3.577/92, de 7 de diciembre, en cuanto se dieran las condiciones especificadas en el Sentencia del Tribunal de Justicia.

La tercera cuestión prejudicial (Asunto C-79/00) que fue resuelta por la Sala 6ª del TJCE en su Sentencia de 13 de diciembre del 2.001, había sido presentada por Auto de la Sala 3ª Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 14 de febrero del 2.000 (Ar. 618). Se planteó la cuestión de interpretación con arreglo al artículo 234 TCE suscitada en un litigio entre la compañía Telefónica y la Administración General del Estado sobre la conformidad de la Directiva 97/33/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1.997 en relación con determinadas disposiciones del Real Decreto 1.651/98 de 24 de julio por el que se aprueba el reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1.998 de 24 de abril, General de las Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y a las redes públicas y a la numeración.

La Resolución del TJCE hace la siguiente interpretación jurisprudencial de la referida norma:

Los artículos 4.2 y 9.2 de la Directiva 97/33/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1.997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperatividad mediante principios de la oferta de red abierta (ONP), deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que los Estados miembros permitan que las autoridades nacionales de reglamentación impongan *ex ante* a un operador que tenga un peso significativo en el mercado la obligación de facilitar a los demás operadores la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación.

En este punto, por lo tanto, ha de inferirse que el Real Decreto 1.651/98 de 24 de julio, que desarrollaba la Ley General de Telecomunicaciones, no era contrario a Derecho.

Por último, he de citar las 3 cuestiones prejudiciales de interpretación (Asunto C-390/99) resueltas por la STJCE de 22 de enero del 2.002. Dichas cuestiones fueron suscitadas por el ATS, Sala 3ª, de 22 de octubre de 1.999 en el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal Supremo en relación con el Real Decreto 136/1.997 de 31 de enero por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Satélite.

Pues bien, la Sala 3ª del Tribunal Supremo solicitaba esencialmente que se dilucidara en relación con las cuestiones 1ª y 2ª, si los artículos 1 a 5 de la Directiva 95/97, en relación con los artículos 30 y 59 del Tratado, se oponen a que un Estado miembro imponga la obligación de inscripción a los operadores de sus productos en un registro oficial y, además, exige que para obtener dicha inscripción los operadores:

a) declaren que se comprometen a ajustarse a las especificaciones técnicas;

b) obtengan un dictamen o informe técnico previo de las autoridades nacionales y una certificación administrativa previa que acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos y de otro tipo previstos en la normativa nacional.

Pues bien, respecto de las dos primeras cuestiones, el TJCE declaró que una normativa de este tipo restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios. En consecuencia, para que una normativa de tal carácter esté justificada con arreglo a dichas libertades debía perseguir una finalidad de interés general reconocida en el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, señalando el Tribunal, a continuación, las circunstancias que permiten comprobar si una normativa nacional como la controvertida respeta dicho principio.

Mediante la 3ª cuestión, el órgano jurisdiccional remitente deseaba esencialmente que se dilucidara, por un lado, si una normativa nacional que impone a los operadores de servicios de acceso condicional la obligación de

inscribirse en un registro constituye un <<reglamento técnico>> en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva 83\189 y, por otro, si una normativa nacional de este tipo debe comunicarse a la Comisión conforme a lo dispuesto en la citada Directiva comunitaria. Y el TJCE respondió afirmativamente a ambas interrogantes en atención a la versión actualizada de la Directiva interpretada (Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1.994).

Del conjunto de las Sentencias dictadas por el TJCE en cuestiones de interpretación planteadas por el Tribunal Supremo estimo que pueden extraerse las dos siguientes consideraciones de relevancia en relación con el presente tema de investigación:

1) La cuestión prejudicial de interpretación prevista en el artículo 234 TCE al ser planteada por el Tribunal Supremo en relación con las disposiciones generales dictadas por el Gobierno Nacional ha servido como medio que contribuye al control por la jurisdicción contencioso-administrativa de la conformidad al Derecho comunitario tanto de Reales Decretos legislativos como de Reales Decretos reglamentarios.

2) En la primera cuestión resuelta, el fallo de la Sentencia del TJCE ha servido de base a la Sala 3ª del Tribunal Supremo para la efectiva declaración de nulidad parcial de un Real Decreto legislativo.

3) Asimismo, en la Sentencia de 3 de noviembre de 1.993 (Ar. 8.847) dictada con ocasión de la primera de las SSTJCE citadas, la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo siguió fielmente

la doctrina de <<cosa interpretada>> que impone una aplicación unívoca del Derecho comunitario al litigio planteado. De este modo, aunque el TJCE no interpreta ni siquiera indirectamente el ordenamiento jurídico nacional, su interpretación del Derecho comunitario ligada al caso evidentemente resuelve en buena medida la controversia planteada ante la jurisdicción española en torno a la validez de una norma del Gobierno, v.gr., un Real Decreto reglamentario.

C.- El recurso por incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones derivadas del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Los artículos 226 a 228 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (antiguos artículos 169 a 171), regulan el denominado recurso por incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones derivadas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Los artículos mencionados determinan el objeto material del recurso y el procedimiento a seguir según el recurso se interponga, respectivamente, por la Comisión o por un Estado parte.

El artículo 226 TCE, en concreto, establece que <<si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, éste podrá recurrir al Tribunal de Justicia>>.

El artículo 227 TCE, por su parte, dispone que

<<Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado.

Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, deberá someter el asunto a la Comisión.

La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio.

Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses, desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia>>.

R. SILVA DE LAPUERTA²⁴ señala que el recurso por incumplimiento tiene un carácter meramente declarativo, y así parece deducirse del tenor literal del artículo 228 del Tratado (antiguo artículo 171) al establecer que <<si el Tribunal de Justicia *declarare* que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia>>. El Tribunal no tiene poder por sí mismo para anular las medidas estatales contrarias al Derecho comunitario (As. 6/60, <<*Jean Humblet v. Bélgica*>>). El incumplimiento, por otra parte, tiene carácter objetivo con independencia de la eventual concurrencia de intención en el Estado infractor o de perjuicios para los Estados o para el funcionamiento del sistema comunitario²⁵. Y añade la mencionada Sentencia que <<es el Estado el obligado a anular el acto de que se trate y a reparar los efectos ilícitos que hubiere producido>>. Por consiguiente, responde el Estado en cuanto tal, con independencia del poder del que provenga la infracción, de la adopción de las medidas necesarias tanto para eliminar el incumplimiento como para reparar los eventuales daños causados. Y en este contexto, entiendo que sería posible, por ejemplo, que la Administración del Estado iniciara un procedimiento de revisión de oficio *ex artículo* 102.2 LRJAPYAC con el objeto

²⁴ R. SILVA DE LAPUERTA, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2ª edición actualizada, Editorial La Ley, 1.993, Madrid, pp. 59-60.

²⁵ En este punto, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano (Navarra), 2.000, pp. 361-362, sostiene que tratándose de omisiones, los sistemas nacional y comunitario de responsabilidad no se hallan muy distantes. Ambos se inspiran en el fundamento tradicional de la responsabilidad aquiliana. Ambos parten de la existencia de un comportamiento ilícito o culposo, si bien hoy, cuando el daño tiene su origen en una organización pública y la culpa se halla difuminada u objetivizada en la propia organización, no es necesaria la identificación del agente culpable para admitir la responsabilidad.

de declarar la nulidad de pleno derecho del reglamento aprobado por el Gobierno que ha ocasionado un incumplimiento del Derecho comunitario.

A este respecto, he de destacar que la eventual contradicción del Derecho comunitario con una norma de Derecho interno posterior ha planteado problemas exclusivamente en el supuesto de que la norma interna tenga rango de ley y ello porque, en principio, el Juez nacional está vinculado a las leyes de las que sólo puede intentar apartarse planteando respecto de aquéllas la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. En este punto, nuestro Tribunal Constitucional, en las Sentencias 28/1.991 de 14 de febrero, F.J. 4, y 64/1.991 de 22 de marzo, F.J. 4, no ha dudado en aceptar la primacía del Derecho comunitario, incluso frente a la ley nacional posterior, que el Juez nacional habrá de dejar inaplicada, si fuese necesario, en virtud de su propia autoridad, sin que haya de solicitar o esperar la plena eliminación de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional en plena sintonía, por lo tanto, con la Sentencia *Simmenthal* antes citada.

Para determinar si existe un incumplimiento por un Estado miembro en relación con la obligación impuesta por un reglamento dictado por el Gobierno, habrá que acudir, en todo caso, a los principios que presiden la relación del Derecho comunitario con el de los distintos Derechos nacionales y que, E. GARCÍA DE ENTERRÍA²⁶, concreta en los tres siguientes principios básicos:

²⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, p. 158.

1.- El Derecho comunitario es inmediatamente aplicable, lo que significa que la norma comunitaria adquiere de forma automática el status de Derecho positivo en cada Estado sin necesidad de acto alguno de recepción (Sentencia *Costa-ENEL* de 15 de julio de 1.964: <<a diferencia de los Tratados internacionales, el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus jurisdicciones>>).

No obstante lo anterior, ha de señalarse que dentro de las fuentes de Derecho derivado específicas del Ordenamiento jurídico comunitario, las Directivas se configuran en principio como normas que no son directamente aplicables para los ciudadanos. Sus destinatarios son los Estados miembros a quienes obligan en cuanto al resultado que deben conseguir, dejando libertad a las autoridades nacionales para elegir la forma y los medios que para alcanzar este resultado (artículo 249 -antiguo artículo 189- del Tratado CEE). Reclaman por ello una norma nacional de transposición que será, una vez promulgada, la directamente aplicable a todos los ciudadanos.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sostiene, sin embargo, a partir de la Sentencia *Van Duyn* de 4 de diciembre de 1.974 (tras ella, en el mismo sentido, las Sentencias *Delkvist* de 29 de noviembre de 1.978, *Ratti* de 5 de abril de 1.979 y *Ursula Becker* de 29 de enero de 1.982, entre otras), que las Directivas pueden tener excepcionalmente efecto directo para los ciudadanos siempre que, como indica esta última Sentencia, <<las disposiciones de una Directiva aparezcan desde el punto de vista de su contenido, como

incondicionales y suficientemente precisas>>. El Tribunal de Justicia, de todas maneras, ha limitado la invocabilidad a las relaciones verticales entre la Administración y los particulares (Sentencia: *Faccini Dori* de 14 de julio de 1.994) y, dentro de ella, con carácter unilateral, en el sentido de que es el particular el que puede invocar la Directiva en contra del Estado (Sentencia *Pretoire di Saló* de 11 de junio de 1.987).

2.- La norma comunitaria produce también un efecto directo (de acuerdo con su propia naturaleza y contenido, que varía en cada caso) en el doble sentido siguiente: toda persona tiene derecho a pedir a cualquier Juez o Tribunal que conozca de un proceso en el que sea parte que le apliquen las disposiciones de los Tratados, Reglamentos, Directivas y decisiones relativas al objeto de la litis y el Juez o Tribunal tiene, por su parte, la obligación de aplicar dichas disposiciones cualquiera que sea la propia legislación nacional.

Para que este efecto directo se produzca, la regla comunitaria de que se trate ha de ser clara y precisa, completa y jurídicamente perfecta en sí misma en cuanto no necesitada de complemento alguno.

3.- La norma comunitaria -en fin- y esto es, sin duda lo fundamental, goza de primacía, esto es, de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional que, en consecuencia, resulta desplazada por ella. Esta primacía es afirmada desde el primer momento con particular énfasis por el Tribunal de Justicia en la citada Sentencia *Costa-ENEL*.

Finalmente, cabe señalar que el Estado miembro puede utilizar frente a la imputación de incumplimiento, la excepción de ilegalidad siempre y cuando

el acto tenga carácter de disposición general. Así, en la Sentencia *Comisión v. Alemania* de 18 de septiembre de 1.986 el Tribunal de Justicia no tuvo ningún reparo para examinar la ilegalidad invocada por el Gobierno alemán frente a una disposición de un reglamento cuyo incumplimiento se le imputaba²⁷.

Por último, he de destacar que en la jurisprudencia examinada no he encontrado ninguna referencia a una Sentencia del TJCE dictada con ocasión de un recurso dirigido contra España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro. Por consiguiente, afortunadamente, no ha sido posible realizar en el presente epígrafe un tratamiento jurisprudencial de presuntos incumplimientos del Derecho comunitario que pudieran provenir del contenido de un Real Decreto reglamentario o de la inactividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

D.- La responsabilidad interna de los Estados miembros de la Unión Europea frente a los particulares.

La Sentencia *Francovich y Bonifaci* de 19 de noviembre de 1.991 (Asuntos 6 y 9/90), que resuelve dos cuestiones prejudiciales acumuladas, proclamó el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables. El principio proclamado se fundamenta a su vez en la existencia de otros dos principios, a

²⁷ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario: sistema constitucional y administrativo de la comunidad europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.994, pp. 454-455.

saber: el de plena eficacia del Derecho comunitario que se vería debilitado si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados y el de lealtad comunitaria que impone a los Estados la adopción de las medidas necesarias para la consecución del fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que le incumben. Tal Sentencia fue continuada por otras (v.gr., la Sentencia *Brasserie de Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1.996, que resuelve nuevamente dos cuestiones prejudiciales acumuladas con los números de asunto 46 y 48/93) que han consagrado la existencia de dicho principio en el Derecho comunitario, fundamentado por lo tanto directamente en la labor jurisprudencial del propio Tribunal de Justicia.

R. ALONSO GARCÍA²⁸ precisa la jurisprudencia elaborada en relación con dicho principio de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. En concreto, indica que el hecho de que la infracción del Derecho comunitario sea susceptible de desembocar en una sentencia declarativa del incumplimiento –e, incluso, llegado el caso, de condena (artículo 228.2, antiguo artículo 171.2 TCE)– o, en el puro contexto interno, en anulaciones por los órganos jurisdiccionales de la actividad de las autoridades públicas contrarias al Derecho comunitario, no implica que la infracción en cuestión pueda desembocar de manera automática en la responsabilidad del Estado infractor. El Tribunal ha indicado que son necesarias tres condiciones para que surja la responsabilidad de los Estados miembros y el correlativo derecho de los particulares a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos: que el resultado prescrito

²⁸ R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Editorial Cívitas, Madrid, 1.997, pp. 71 y ss.

por el ordenamiento jurídico comunitario comporte la atribución de derechos a favor de los particulares; que el contenido de tales derechos pueda ser identificado sobre la base de las disposiciones de la norma comunitaria; y que exista un vínculo de causalidad entre la violación de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas. En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha reiterado el carácter de <<regulación mínima exigible>> de tales condiciones, en el sentido de que si la legislación interna de los Estados miembros estableciera condiciones más favorables en orden al reconocimiento de la responsabilidad de los poderes nacionales en el Derecho interno, existiría la obligación de aplicarlas en el ámbito de los incumplimientos de tales poderes nacionales en relación con el Derecho comunitario.

Desde mi perspectiva de estudio, el principio comunitario expuesto reviste especial trascendencia por cuanto es frecuente que el incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro provenga de la falta de trasposición de una Directiva o de su trasposición incorrecta lo que en el caso de España en numerosas ocasiones implica un reglamento del Gobierno aprobado por Real Decreto. Pues bien, en el supuesto de ejecución incorrecta de una Directiva por un Estado miembro, la Sentencia *British Telecommunications* de 26 de marzo de 1.996 (Asunto 392/93) mantiene que la interpretación de los tres requisitos exigidos para reconocer la existencia de la responsabilidad del Estado nacional ha de ser restrictiva <<especialmente por el deseo de que el ejercicio de dicha actividad normativa no se vea obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general exija que esas Instituciones o esos Estados miembros adopten medidas que puedan lesionar los intereses de los particulares>>. Y, en

este sentido, añade la Sentencia que <<entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada>> en el sentido de que no admita razonablemente la interpretación finalmente adoptada por el Estado miembro.

Por último, he de destacar en el presente epígrafe que tampoco he hallado referencia alguna a Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que declaren la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en relación con incumplimiento de las obligaciones del Estado español como Estado miembro de la Unión Europea derivadas de un Real Decreto reglamentario o de la inactividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

3.- EL CONTROL DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A.- Las competencias del Tribunal Constitucional en relación con el control de los Reales Decretos reglamentarios.

En los modernos Estados de Derecho con Constitución escrita, ésta juega un triple papel. Por lo pronto, la Constitución es norma jurídica, por lo que, en tal sentido participa de cuantos caracteres materiales y formales se predicán de la norma jurídica en general. Además, en segundo término, es la

norma jurídica fundamental (*norma normarum*) y esto también en el doble sentido material y formal, ya que: 1) su contenido constituye el punto de arranque para el desarrollo legislativo del total Ordenamiento jurídico del Estado; y 2) la primacía de la Constitución con el resto del Ordenamiento jurídico tiene rango formal ya que tiene el carácter y el valor de *superley*. Y, finalmente, la Constitución establece la propia jerarquía de las fuentes del Derecho, constituyendo el obligado punto de referencia para la catalogación y valoración jurídica de las mismas así como de sus diversas manifestaciones²⁹.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA³⁰, por su parte, destaca que precisamente la consideración de la Constitución como *lex superior*, esto es, como la norma jurídica primera que se configura como un parámetro de validez de todas las demás normas del sistema, constituye el punto de partida de la elaboración en Norteamérica a finales del siglo XVIII de la doctrina sobre el control de constitucionalidad de las leyes. El control se ejerce de manera difusa por el conjunto de los órganos judiciales encabezados por el Tribunal Supremo. Para hacer efectiva esa superioridad, se utilizan dos técnicas esenciales: a) en primer lugar, la Constitución se contiene en un documento solemne calificado como *fundamental law* cuya naturaleza jurídica se aproxima a la de los pactos o convenios propios de la colonias norteamericanas (*charters* o *convenants*) y b), en segundo lugar, se emplea la técnica inglesa del *judicial review* proveniente del *Common Law* que en cuanto Derecho común ocupa una

²⁹ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, p. 212. El autor cita en relación con la delimitación de la Constitución como norma escrita las siguientes obras: *El Tribunal Constitucional*, (Dirección General de lo Contencioso), 3 vols., 1.981; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1.981; I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1.987; F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Madrid, 2.001.

³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 1, enero-abril, 1.981, pp. 36-41.

posición central en el Derecho, de modo que el juez puede exigir cuentas a los *statutes* que penetran en dicho ámbito como norma singular o excepcional (*the control of the common law over statutes*). Y la primera aplicación práctica de la técnica del *judicial review* para el control de las leyes se encuentra precisamente en el famoso caso *Marbury v. Madison* resuelto en 1.803 por el Tribunal Supremo. En dicho litigio, el Juez J. MARSHALL desarrolla una observación elemental: cuando una ley entra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple o se aplica la ley en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución lo que obliga a inaplicar la ley. Él opta por la segunda opción que considera un deber esencial para todo juez sobre la base de la vinculación más fuerte del juez a la Constitución (*higher, superior obligation*).

La recepción en Europa de la doctrina norteamericana del control judicial de las leyes va a ser introducida por H. KELSEN en los años 1.919-1.920 aportando dos novedades destacadas: a) se desarrolla un sistema de jurisdicción concentrada en un único Tribunal; y b) el Tribunal no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad de dos normas abstractas, la Constitución y la Ley. Asimismo, conviene precisar que en el sistema kelseniano, el valor de las sentencias es determinante de simple anulabilidad. J.J. MORESO MATEOS³¹ en este punto destaca como H. KELSEN, en su Teoría Pura del Derecho, parte de dos premisas fundamentales: 1) todas las sentencias tienen valor constitutivo y no declarativo; y 2) en el Derecho no

³¹ J.J. MORESO MATEOS, *Sobre normas inconstitucionales*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 38, mayo-agosto, 1.993, p. 87. El autor facilita la siguiente referencia bibliográfica en la p. 111: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang. Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1.960 (traducción de Roberto Vernengo: *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1.979).

puede darse la nulidad absoluta. Tal institución sólo puede entenderse como el grado superior a la anulabilidad.

A partir de los modelos doctrinales mencionados y del antecedente constitucional de 1.931³², la Constitución Española de 1.978 adopta como una de sus principales novedades, la creación de un Tribunal Constitucional en su Título IX (artículos 159 a 165 CE) configurado como intérprete supremo de la Norma Fundamental, único en su orden, y cuya jurisdicción se extiende por todo el territorio nacional. El Tribunal Constitucional se haya sometido únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica 2/1.979 de 3 de octubre (en adelante, LOTC).

En relación con su naturaleza, M. GASCÓN ABELLÁN³³ defiende que el Tribunal Constitucional español es un verdadero Tribunal pues aplica <<una norma previa a hechos concretos>>, razón por la cual debe buscarse su origen en el desarrollo constitucional norteamericano. Así, el mismo se caracteriza por el conocimiento de hechos que obliga a no prescindir del todo de los ingredientes de la mera legalidad ordinaria, lo cual se hace patente en el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales, pero también en el modo de concebir la cuestión de inconstitucionalidad.

³² La Constitución española de 9 de diciembre de 1.931, en su título IX (artículos 121 a 125) estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales posteriormente desarrollado por la Ley de 14 de junio de 1.933. El artículo 121 del texto constitucional, en concreto, atribuía al citado Tribunal, junto con las competencias propiamente constitucionales, otras de naturaleza penal. Pues bien, entre las primeras se encontraban las de conocer de: el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; el recurso de amparo de garantías individuales; los conflictos de competencia legislativa y cuantos surgieran entre el Estado y las Comunidades Autónomas y los de éstas entre sí; y del examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes debían elegir al Presidente de la República.

³³ M. GASCÓN ABELLÁN, *La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, pp. 66-68 y 86.

La herencia del modelo kelseniano, por el contrario, se refleja en dos notas fundamentales. De un lado, en el sistema de jurisdicción concentrada del control de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. De otro, en su intención por deslindar los problemas de legalidad y constitucionalidad de modo que su labor se ciña sólo a eliminar aquellas interpretaciones de la Ley que resulten contrarias a la Constitución limitándose a revisar la adecuación a la Constitución de la aplicación del Derecho realizada por los jueces.

En cuanto a las competencias del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la regulación constitucional (artículo 161 CE desarrollado por el artículo 2 LOTC), pueden resumirse en los siguientes apartados:

En primer término, han de mencionarse los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. El proceso de inconstitucionalidad, competencia del Pleno del Tribunal Constitucional, tiene por objeto la conformidad o adecuación a la Constitución de una Ley, entendida ésta en sentido amplio y abstracto. No obstante, existe además la llamada <<cuestión prejudicial de inconstitucionalidad>> que tiene el mismo objeto que el proceso principal de inconstitucionalidad pero con un carácter concreto pues se plantea por un órgano jurisdiccional cuando éste considera que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución.

En segundo lugar, cabe señalar el proceso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE por actuaciones basadas en la aplicación de la Ley, de actos jurídicos o simple vía de hecho de una autoridad o funcionarios. La competencia corresponde a las Salas del Tribunal y en el mismo están legitimados además de los órganos o autoridades estatales y el Defensor del Pueblo, las personas que resulten directamente afectadas o que tengan un interés legítimo. El Tribunal Constitucional verifica la conformidad del acto jurídico o simple vía de hecho con el contenido declarado por la Constitución del derecho fundamental o libertad pública eventualmente vulnerado y si estima que la ley aplicada en el caso enjuiciado es inconstitucional eleva la cuestión al Pleno.

En tercer término, se sitúan los conflictos de competencias. Se regulan en el Capítulo II del Título IV LOTC, atendiendo a si el conflicto se ha producido entre el Estado y las Comunidades Autónomas o afecta a éstas entre sí, tanto positiva como negativamente, y a si el conflicto se da entre los órganos constitucionales del Estado. Su competencia corresponde al Pleno. Cercano a este bloque, aunque no referida necesariamente a un conflicto de competencias, se encuentra la atribución al Tribunal Constitucional por el artículo 161.2 CE de la impugnación por el Gobierno de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas (artículos 76 y 77 LOTC).

En cuarto término, finalmente cabe citar la declaración por el Pleno del Tribunal sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales prevista

en el artículo 78 LOTC. Esta última competencia, tiene por objeto evitar que se puedan aprobar estipulaciones de un Tratado Internacional, cuyo texto esté ya definitivamente fijado, pero al que aún no haya prestado consentimiento el Estado. Se configura como un acto de jurisdicción voluntaria de carácter consultivo y no como un verdadero proceso en el que esté empeñada una cuestión entre partes.

Por último, he de señalar que como pone de manifiesto la Sentencia analizada del Tribunal Constitucional 325/1.994 de 12 de diciembre, en su F.J. 4º (Ponente: P. CRUZ VILLALÓN), el enjuiciamiento directo e indirecto de las disposiciones generales con rango inferior a ley se atribuye exclusivamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 53 y ss. LOPJ) con base en la Constitución (artículos 106 y 153.c) CE) a lo contencioso-administrativo. Por consiguiente, ha de partirse, en relación con el examen que del control de los Reales Decretos realiza el Tribunal Constitucional, de que su enjuiciamiento lo es como objeto material de la pretensión que en relación con los mismos se deduce. El Tribunal, por consiguiente, controla incidentalmente los reglamentos aprobados por Real Decreto en la medida en que constituyen una actuación de la Administración del Estado que puede vulnerar un derecho fundamental o dar origen a un conflicto de competencias con las Comunidades Autónomas cuya preservación y resolución, respectivamente, constituyen el objeto propio del proceso constitucional.

B.- El Recurso de amparo contra los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros.

a.- Concepto y trascendencia jurídica del recurso de amparo constitucional.

La Constitución española distingue dos tipos de amparo. En primer lugar, el denominado amparo ordinario que se encuentra recogido en el artículo 53.2 CE al afirmar que <<cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad>> y que en la actualidad se encuentra regulado, en lo referente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en los artículos 114 a 122 de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1.998. Y en segundo término, regula el denominado por el mismo precepto simplemente como <<recurso de amparo>> y que, sin embargo, el Título III de la LOTC califica de <<amparo constitucional>> con el decidido propósito de diferenciarlo del proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, el mencionado recurso de amparo constitucional se configura como un proceso no necesario ya que el artículo 53.2 CE emplea la expresión <<en su caso>>. Por consiguiente, la regulación constitucional del sistema de protección de los derechos fundamentales parte de que la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas corresponde a la justicia ordinaria como regla general.

A pesar del carácter extraordinario del amparo y de su singularidad dentro de los procesos atribuidos en Derecho comparado a la jurisdicción

constitucional (sólo existe un equivalente en los Derechos alemán, austriaco y suizo), L.M. DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN³⁴ destaca la trascendencia que para el sistema español de justicia constitucional tiene el recurso de amparo, señalando en concreto que el mismo:

1) Facilita que el carácter normativo de la Constitución española se traduzca en la existencia de genuinos derechos subjetivos accionables por los particulares sin necesidad de intermediación alguna.

2) Permite al Tribunal Constitucional ejercer un control efectivo sobre el modo en que los Tribunales ordinarios aplican el sistema de fuentes establecido, [el término <<control>> entiendo que se emplea como sinónimo de conocimiento].

3) Constituye el cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede convertirse en el centro de unificación, en clave de fiscalización de la interpretación conforme a la Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho.

4) El modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico de control abstracto de las normas por un solo órgano ha dejado de ser consistente con las características estructurales de los ordenamientos contemporáneos. En una época de descodificación y, aún más, de deslegalización de los ordenamientos jurídicos con una abundante producción de reglamentos, así como de creciente relevancia práctica de la creación judicial del Derecho, simplemente no es realista intentar proteger la

³⁴ L. M. DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 40, enero-abril, 1.994, pp. 34-37.

supremacía normativa de la Constitución tan sólo a través del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

Finalmente, al margen de su consideración jurídica, cabe añadir la trascendencia práctica del recurso de amparo en el funcionamiento cotidiano del Tribunal Constitucional hasta el punto de que la mayoría de los asuntos ingresados en el periodo 1.981-1.991 fueron recursos de amparo (concretamente el 95, 64 por ciento)³⁵.

b.- Naturaleza jurídica del recurso de amparo.

En cuanto a la naturaleza jurídica del recurso de amparo regulado en los artículos 41 a 58 LOTC, V. GIMENO SENDRA³⁶ ha distinguido dos posiciones doctrinales:

Para el primer sector doctrinal (M. ARAGÓN REYES, y en el que puede incluirse igualmente P. CRUZ VILLALÓN), el recurso de amparo constituiría un recurso extraordinario, en virtud del cual el Tribunal Constitucional vendría a conocer en segunda y última instancia de las infracciones sobre derechos fundamentales. Acoge, por lo tanto, la ya citada distinción entre amparo ordinario y amparo constitucional³⁷.

³⁵ M. REVENGA SÁNCHEZ, *Las paradojas del recuso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1.981-1.991)*, Revista Española de Derecho constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, p. 29.

³⁶ V. GIMENO SENDRA, *Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 6, septiembre-diciembre, 1.982, pp. 44-46.

³⁷ Dentro del primer grupo doctrinal cabe incluir: M. ARAGÓN REYES, *El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1.978*, REP, número 7, p. 176; P. CRUZ VILLALÓN, *Sobre el amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, p. 11.

El segundo grupo de autores (J. GONZÁLEZ PÉREZ, J. ALMAGRO NOSETE), por el contrario, sostiene que, en realidad, la vía judicial ordinaria previa y la constitucional constituyen procesos distintos, llegando bajo tal prisma a reputar como inadecuada la propia denominación de recurso de amparo (pues defiende la denominación de proceso de amparo), del mismo modo que lo es en la jurisdicción contencioso-administrativa la de recurso contencioso-administrativo. El recurso de amparo constituye un verdadero proceso que tiene como especialidad el fundamento de la pretensión, la cual ha de basarse necesariamente en normas de Derecho Constitucional. Además, el órgano jurisdiccional ante el que se deduce, el Tribunal Constitucional, constituye una <<jurisdicción especial>> netamente diferenciada de la <<ordinaria>>³⁸.

El mencionado autor sostiene, finalmente, que un examen detenido de las conclusiones de ambas tesis revela que la divergencia es sólo aparente, si se piensa que la calificación de <<recurso>> o <<proceso>> constitucional para designar al de amparo es indiferente, toda vez que cualquier <<recurso jurisdiccional>> encierra en sí mismo un proceso.

³⁸ La segunda posición doctrinal estaría integrada por: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1.980, pp. 277-279; J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1.980, pp. 191-192, 200 y ss.

c.- Elementos subjetivo y objetivo del recurso de amparo, determinación de su objeto.

P. CRUZ VILLALÓN³⁹ destaca como el elemento subjetivo es consustancial e insustituible en el amparo constitucional por cuanto en el mismo ha de existir necesariamente un derecho fundamental que tutelar respecto de una persona determinada. Y en consecuencia, pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal (artículos 124 CE y 46 LOTC) podrá acudir ante el Tribunal Constitucional en defensa de <<los derechos de los ciudadanos>>, pero nunca <<en defensa de la legalidad>> constitucional, objetivamente considerada.

La vertiente objetiva del recurso de amparo, por eso, siempre será unilateral y limitada, en la medida en que sólo puede ser unidireccional, sólo puede ir dirigida a otorgar o denegar los amparos denegados en las resoluciones precedentes. Nunca podrá ir dirigida a denegar los amparos otorgados por exceso. No hay más <<contra amparos>> que aquellos supuestos en los que simultáneamente se procure el amparo de otro derecho fundamental, lo que puede ocurrir, v.gr., en los artículos 18.1, 20 y 24 CE. El objeto propio de este proceso, al igual que del previo procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria es el de la protección de los derechos fundamentales (v.gr., arts. 53.2 CE, 41.3, 49.1, 50.1.b), 54 y 55.1 LOTC). De este modo, hablar del recurso de amparo que versa sobre las disposiciones generales del Gobierno supone realizar una distinción *ratione materiae*, es

³⁹ P. CRUZ VILLALÓN, *Sobre el amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, pp. 12-15.

decir, por razón de la actividad de Estado sobre la que recae el proceso, de la misma manera que puede también recaer, por ejemplo, sobre un acto administrativo o sobre una resolución judicial.

La jurisprudencia objeto de investigación mantiene que corresponde al Tribunal Constitucional el examen del control judicial por la vía de amparo de un acto u omisión del órgano del Estado cuando el resultado afecte al núcleo constitutivo de un derecho fundamental o libertad pública. En este sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Constitucional 40/1.982 de 30 de junio, 141/1.985 de 22 de octubre, 162/1.985 de 29 de noviembre, 4/1.991 de 14 de enero; 20/1.994 de 27 de enero; 144/1.991 de 9 de mayo; 153/1.994 de 23 de mayo. Esta última Resolución, en concreto, declara [F.J. 6]:

“Examinando ya la primera de las denuncias que se acaban de describir, cabe subrayar que, como la propia parte reconoce y se desprende de la doctrina ya sentada por este Tribunal (entre otras, STC 209/1987), como regla general no incumbe a este Tribunal corregir los posibles excesos en el ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de una ley. La relación ley-reglamento es materia de estricta legalidad ordinaria cuya solución incumbe a Jueces y Tribunales. Tan sólo puede adquirir el problema una dimensión susceptible de ser controlada en esta sede cuando el exceso mismo en el ejercicio de aquella potestad genere un resultado contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas.”

Por consiguiente, sólo procede que el Tribunal Constitucional controle el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno cuando el recurrente alega que el Real Decreto reglamentario impugnado vulnera el

núcleo constitutivo de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (artículo 53.2 CE). Y ello porque, como regla general, no incumbe al Tribunal Constitucional corregir los posibles excesos en el ejercicio de la potestad reglamentaria para el desarrollo de una ley. La relación ley-reglamento es materia de estricta legalidad ordinaria y su control recae en los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La anterior conclusión, por otra parte, viene corroborada en los AATC 87/1.996 de 15 de abril, F.J. 3, y 80/2.001 de 3 de abril, F.J. 6, que inadmiten el amparo solicitado fundándose en que la impugnación que se realiza de la regulación contenida en sendos Reales Decretos se encuentra desconectada de la protección de un derecho fundamental.

d.- Los Reales Decretos reglamentarios como objeto del recurso de amparo.

La doctrina administrativista ha contemplado separadamente dos vías para controlar a través del recurso de amparo las disposiciones reglamentarias y, dentro de ellas, las aprobadas por Real Decreto dependiendo de cual sea el fundamento jurídico del recurso. Así, puede distinguirse:

1) El recurso de amparo dirigido contra la vulneración de los derechos fundamentales deducido directamente de la propia regulación contenida en los reglamentos.

En relación con este supuesto, destaca especialmente la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1.984 de 7 de marzo (Ponente: J. AROZAMENA SIERRA) que resuelve un recurso de amparo promovido directamente contra determinados artículos del Real Decreto 124/1.984 de 15 de junio, sobre fijación del salario mínimo interprofesional, por considerarlos el actor contrarios al artículo 14 CE. La demanda de amparo además atacaba, como lesiva del artículo 24.1 CE, la decisión del Tribunal Supremo de inadmitir a trámite el recurso directo planteado, por la vía de la Ley 62/1.978, frente a algunos preceptos del Real Decreto citado por estimar que este tipo de pretensión (impugnación de una norma) no es de las que pueden hacerse valer por el cauce procesal previsto para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, habida cuenta de que el artículo 6º se refiere tan sólo a los actos de la Administración Pública y no a las disposiciones. El Tribunal Constitucional declara en relación con dicha cuestión [F.J. 4º]:

“La literalidad de los términos empleados en el artículo 6.º de la Ley 62/1978 (y en otros preceptos de esta Ley) **no debe llevar** a la idea de que la distinción entre «acto» y «disposición», muy presente en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e integradora con aquélla del conjunto normativo que disciplina el proceso de que tratamos, **excluye de este proceso la impugnación de disposiciones cuando a ellas se imputa la violación de un derecho o libertad**, porque la concepción limitada a los actos que pudiera apoyarse en los términos literales de aquellos preceptos debe corregirse acudiendo a lo que en este punto, y dentro del marco del artículo 53.2 de la Constitución Española, dispone el artículo 43.1 de la LOTC, comprensivo de las disposiciones y actos, ineludible, por lo demás, desde la necesaria igual amplitud en estos aspectos del proceso judicial procedente y preferente,

atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, y el proceso de amparo atribuido a la justicia constitucional.”

La mencionada Resolución judicial delimita los términos en los que resulta viable la impugnación de reglamentos del Gobierno a través del recurso de amparo constitucional al indicar que el control de la potestad reglamentaria efectuado por el Tribunal Constitucional y por los tribunales ordinarios con el parámetro de los derechos fundamentales tiene que efectuarse <<con igual amplitud de enjuiciamiento>>.

Ello no obstante, resulta polémica la admisión y anulación en un recurso de amparo de un reglamento del Ejecutivo cuando media un acto de aplicación del mismo (recurso indirecto). En este sentido, F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ⁴⁰ afirma que sería posible entender que cuando el artículo 41.2 LOTC se refiere a disposiciones lesivas de derechos tiene que existir una directa relación causa/efecto entre aquéllas y la lesión del derecho fundamental, de modo que entre una y otra no exista ninguna actividad judicial de mediación. Expresado en otros términos: el amparo sería siempre/[*sólo*] posible frente a disposiciones autoaplicativas que, aun teniendo la forma de norma general, no son más que un acto, en el sentido del artículo 55.1 LOTC, por lo que en tales circunstancias el Tribunal Constitucional podría expresamente declarar la nulidad de la disposición en el fallo y no sólo la nulidad de la sentencia del Tribunal ordinario.

⁴⁰ F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994, p. 154. El autor propone como solución alternativa que el Tribunal Constitucional pueda declarar, sin condición alguna y de modo directo, la nulidad de las disposiciones cuando éstas sean lesivas a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En este punto, J.M. SANTOS VIJANDE⁴¹ llega a la conclusión de que el recurso de amparo en relación con las disposiciones generales se configura como un recurso directo contra reglamentos que impidan la preservación de los derechos fundamentales. Y evidentemente dicha condición puede concurrir en el supuesto de las disposiciones generales autoaplicativas, esto es, en aquéllas que hayan de ser cumplidas por los administrados directamente sin necesidad de un acto previo de requerimiento o sujeción individual como disponía el antiguo artículo 39.3 LJ.

El citado autor menciona en esta línea la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1.985 de 22 de octubre, que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el Real Decreto 1.346/1984, de 11 de julio, sobre Régimen Disciplinario del Cuerpo Superior de Policía. La Resolución judicial, en primer lugar, declara en relación con el recurso de amparo [F. J. 2.i.1)] que: 1) el juicio de legalidad es residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa; 2) el recurso de amparo no tiene nunca por objeto dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales o reglamentarias; y 3) su objeto es la preservación de los derechos fundamentales. Pero, además, en segundo término, invoca el artículo 43 LOTC y confirma la doctrina sentada en la precedente Sentencia 31/1.984 de 7 de marzo [F.J. 2.i.f.)], al afirmar que <<una concepción que limitara el recurso de amparo a los actos tendría que corregirse acudiendo a los preceptos de la Ley Orgánica...La conclusión que hay que extraer es que la potestad de este Tribunal para enjuiciar los reglamentos se limita a aquellos casos en que se

⁴¹ J.M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.998, pp. 72-79.

aleguen derechos y libertades (arts. 14 a 29 y 30.2 CE), y en que (su) vinculación se origina **directamente** en la disposición>>.

2) El control de amparo sobre la conformidad a la Constitución del juicio de legalidad que realizan los jueces respecto de las normas reglamentarias.

En estos supuestos, el Tribunal Constitucional enjuicia, a través del recurso de amparo, la correcta aplicación por los jueces ordinarios del sistema de fuentes del Derecho encabezado por la Constitución para verificar si se ha producido en relación con el mismo la violación de algún derecho fundamental. En este sentido, puede citarse el Auto del Tribunal Constitucional 246/2.000 de 27 de octubre que, en su F.J. 1º, remite a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1.987 de 22 de diciembre. La mencionada Sentencia (Ponente: F. RUBIO LLORENTE) declara [F.J. 3]:

“Aunque **el control de legalidad de las normas reglamentarias** es también competencia propia de los órganos del Poder Judicial que pueden, en consecuencia, sea anularlas, sea inaplicarlas, cuando las consideran contrarias a la Ley, **el resultado de tal control queda sometido también a nuestra decisión por esta vía del recurso de amparo cuando a tal resultado se imputa, como aquí es el caso, una violación de alguno de los derechos fundamentales.** En situaciones de este género, es claro, en efecto que este Tribunal se vería impedido para cumplir su función propia si no pudiese examinar, desde la perspectiva del principio de igualdad o, en general de los derechos fundamentales, el juicio de legalidad que lleva a **cabo el Juez ordinario. Este ha de emplear, en efecto, como parámetro de tal juicio, la**

Ley que la norma reglamentaria pretende desarrollar, pero esa Ley ha de ser interpretada de conformidad con la Constitución y es competencia nuestra examinar la adecuación constitucional de la interpretación que de la norma legal se hace en el juicio de legalidad, cuyo resultado puede ser así objeto de nuestro conocimiento no porque este Tribunal sea juez de la legalidad, sino porque lo es de la constitucionalidad. Ambos planos, el de la constitucionalidad y el de la legalidad se cruzan al interpretar la Ley que a su vez ha de ser medida de la legitimidad del reglamento, acerca de la cual nosotros no hemos de pronunciarnos sino en cuanto se ponga en cuestión el respeto a un derecho fundamental en su contenido constitucionalmente garantizado.”

Por consiguiente, el uso correcto por los jueces ordinarios del sistema constitucional de fuentes pasa a ser objeto del conocimiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo cuando la interpretación realizada por el Juez en la aplicación de una norma reglamentaria conduce a una violación de los derechos fundamentales⁴². Ello no obstante, la incursión del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legalidad es sólo instrumental de modo que la sentencia no podrá declarar la nulidad de la disposición general sino únicamente de la resolución judicial recurrida y, en su caso, del acto de aplicación del reglamento que se encuentra en el origen del proceso de amparo.

⁴² A. FIGUERUELO BURRIEZA, *Tutela judicial efectiva y sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Poder Judicial, número 23, septiembre, 1.991, pp. 118-122, realiza un examen detallado de la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al control del sistema de fuentes mencionando las Sentencias 50/1.984, de 5 de abril; 22/1.987 de 12 de marzo; 209/1.987, de 22 de diciembre; 23/1.988, de 22 de febrero.

e.- El contenido del fallo de las sentencias recaídas en recursos de amparo contra Reales Decretos reglamentarios.

El artículo 55 LOTC establece en relación con el contenido propio de las sentencias que otorguen el amparo que las mismas contendrán alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

“a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.”

El primer pronunciamiento del Tribunal, de carácter necesario, se concreta en el reconocimiento del derecho o libertad pública al que se dirige el recurso de amparo, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. Y ello es así porque tal declaración constituye el presupuesto indispensable para proceder a otorgar el amparo solicitado, de modo que únicamente se concederá si el Tribunal Constitucional estima que el derecho fundamental de que es titular el recurrente ha sido vulnerado.

En cuanto al alcance que tenga el pronunciamiento referido al restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, el mismo está en función de la situación jurídica concreta del peticionario de amparo, de modo que puede bastar con el otorgamiento de amparo o requerir medidas adicionales.

Finalmente, en relación con el pronunciamiento de la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos y libertades protegidos, como ya he señalado, queda abierta la duda de si existe la posibilidad de la declaración de nulidad de una norma reglamentaria en una sentencia de otorgamiento de amparo. El artículo 55.1.a) LOTC establece claramente que la resolución procederá a declarar la nulidad de la decisión, acto o resolución que vulnere el derecho fundamental invocado. Pues bien, en este punto he de indicar que la doctrina inicial del Tribunal Constitucional examinada en relación con los Reales Decretos reglamentarios niega la posibilidad de declarar la nulidad de la disposición general recurrida. Y en tal sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Constitucional 40/1.982 de 30 de junio, F.J. 3, y 193/1.987, de 9 de diciembre. Esta última Resolución judicial (Ponente: C. DE LA VEGA BENAYAS) sostiene F.J. 3:

“Como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 167/1986, **el recurso de amparo no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, en su caso, a una declaración de nulidad con efectos *erga omnes***, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión

concreta y actual de un derecho fundamental (fundamento jurídico 2.º). De ahí que sea preciso notar, como señala la misma Sentencia, el carácter esencialmente subjetivo de dicho recurso como vía de protección de derechos y libertades, **procediendo el examen de la constitucionalidad de las disposiciones generales en este tipo de recurso sólo en cuanto prius necesario** para determinar si se han violado derechos fundamentales protegibles en esta vía (fundamento jurídico 4.º).”

El recurso de amparo, según la citada Sentencia 193/1.987 de 9 de diciembre, no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, en su caso, a una declaración de nulidad con efectos *erga omnes*, procediendo el examen de la constitucionalidad de las disposiciones generales en este tipo de recurso sólo en cuanto *prius* necesario para determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Con posterioridad a la citada Resolución, sin embargo, se han dictado varias Sentencias del Tribunal Constitucional que proceden a anular total o parcialmente la disposición reglamentaria en que se fundamenta el acto causante de la violación del derecho fundamental. En efecto, las Sentencias 7/1.990 de 18 de enero, 32/1.990 de 26 de febrero y 61/1.990 de 29 de marzo deciden otorgar el amparo solicitado anulando las resoluciones administrativas recurridas y declarando la inconstitucionalidad del Decreto y de la Orden Ministerial respectivamente aplicada. En concreto, la Sentencia de 26 de febrero de 1.990 (Ponente: M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER), en la que se impugnaba una Resolución administrativa fundada en la regulación contenida en el Real Decreto 1.256/1.987 de 13 de junio que regula la

participación de determinadas organizaciones sindicales en el seno de la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales, contiene el siguiente fallo:

“2.º Declarar la nulidad de la denegación por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la solicitud de participar en la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales, por no reunir esos mínimos de representatividad, así como la de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1987, que la confirmó, en cuanto una y otra aplican el art. 3.1, a), del Real Decreto 1256/1986, de 13 de junio, que ha de estimarse inconstitucional, y por ello nulo y sin efectos.”

Pues bien, el referido fallo avala la idea apuntada por J.M. SANTOS VIJANDE⁴³ según la cual es posible enjuiciar un reglamento cuando el recurso de amparo se articula como auténtica impugnación indirecta, es decir, cuando la vulneración del derecho fundamental es ocasionada por un acto administrativo perfectamente ajustado al reglamento del que trae causa (lo que constituye propiamente un <<recurso indirecto contra reglamentos>>). Y ello porque, en tales casos, la resolución judicial carece de efectividad si se limita a reconocer el derecho conculcado, siendo precisa la declaración de nulidad de la norma para preservar el efectivo ejercicio del derecho fundamental⁴⁴.

⁴³ J.M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.998, p. 75.

⁴⁴ En este sentido, se pronuncian E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 66, abril-junio, 1.990, pp. 279-291; y F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994, pp. 162-163. El primer autor, además, fundamenta el sentido de los mencionados fallos del Tribunal Constitucional en una finalidad depurativa del Ordenamiento jurídico.

C.- Los supuestos de planteamiento de conflicto de competencia por las Comunidades Autónomas.

a.- La potestad reglamentaria del Gobierno como objeto material de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El artículo 61 LOTC establece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.1.c) CE, que los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí pueden originarse con ocasión de las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas o bien con motivo de la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos. Precepto que obviamente alcanza a los Reales Decretos reglamentarios.

En este punto, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1.988 de 4 de febrero (Ponente: A. TRUYOL SERRA) sobre conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno Vasco, la Generalidad de Cataluña y por el Gobierno Valenciano en relación con determinados preceptos del Real Decreto 2.621/1.983 de 29 de septiembre, sobre Ferias Comerciales Internacionales. La mencionada Sentencia, en su F.J. 4º, recuerda que <<el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el conflicto de competencias no tiene como función la de prevenir posibles interpretaciones contrarias a la Constitución por parte de quienes están llamados a aplicar las disposiciones delimitadoras de competencia. La

Comunidad Autónoma, (o el Estado), en consecuencia, ha de impugnar disposiciones concretas por razón de su contenido>>.

Los conflictos competenciales que enfrenten al Estado y las Comunidades Autónomas pueden ser, por lo tanto, positivos si se dan con ocasión de la entrada en vigor de un acto jurídico o disposición general o bien negativos cuando se omite el ejercicio de una competencia que exija su adopción.

En ambos tipos de controversia puede estar implicada la delimitación y el alcance de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros en relación con determinadas materias. En el caso de los conflictos positivos (artículos 62-67 LOTC), se impugnará un Real Decreto reglamentario en la medida en que una Comunidad Autónoma estime que su contenido invade competencias propias. En el supuesto de los conflictos negativos de competencias (artículos 68-72 LOTC), el Gobierno puede declinar su competencia para resolver la petición de una persona física o jurídica de que se reglamente mediante Real Decreto una determinada materia en relación con la cual entiende que existe un supuesto de ilegalidad omisiva.

Pues bien, en relación con los conflictos negativos de competencia, me limito simplemente a apuntar su concepto pues, al margen de un estudio meramente procesal de los mismos, las cuestiones que plantean pueden subsumirse en el examen ya realizado de las consecuencias jurídicas y medios de reacción previstos en el Ordenamiento jurídico contra la inactividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Por otra parte, he de señalar que hasta junio del año 2.002, únicamente se habían dictado 12

resoluciones sobre conflictos negativos de competencias por el Tribunal Constitucional, concretamente 9 Autos y 3 Sentencias, ninguna de las cuales examina un supuesto en el que se hubiera requerido al Consejo de Ministros la elaboración de un Real Decreto. Además, de las 3 Sentencias citadas, ninguna estima el conflicto planteado.

b.- Examen de los conflictos positivos de competencia.

El planteamiento de un conflicto positivo de competencia con motivo de un Real Decreto puede coincidir con la tramitación de un recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo en el que se deduzcan las mismas pretensiones. En efecto, como establece el artículo 61.2 LOTC cuando se plantease un conflicto de competencia con motivo de una disposición general cuya impugnación estuviera pendiente ante cualquier Tribunal, éste suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional. De lo anterior, se concluye:

1) Que tanto en el proceso contencioso-administrativo como en el constitucional pueden darse identidad de sujeto, objeto y causa de pedir.

2) Que por imperativo legal, el proceso ante el Tribunal Constitucional tiene preferencia en su tramitación respecto del instado ante el Tribunal Supremo.

La decisión que dicte el Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos de conformidad con lo señalado en el apartado 3 del artículo 61 LOTC. Por consiguiente, el fallo del Tribunal Constitucional predetermina la terminación del proceso iniciado ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Así, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal puede llegar a declarar sin curso el proceso ante ella planteado por desaparición sobrevenida de su objeto cuando en el mismo concurre la triple identidad de sujeto, objeto y causa de pedir con el proceso resuelto ante el Tribunal Constitucional. Y ello se deduce de los razonamientos jurídicos contenidos en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 110/1.983 de 29 de noviembre que, en su F.J. 2º, declara al respecto⁴⁵:

“La decisión al respecto del Tribunal, como indica el artículo 61.3 de su Ley Orgánica vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos. Como consecuencia, una vez declarada la titularidad de la competencia de que se trate, desaparece su carácter controvertido, por lo que el ejercicio de esa competencia quedará, tanto respecto a la disposición que dio lugar al conflicto como en ulteriores ocasiones en que tal competencia pueda ejercerse, atribuido y reservado al titular que la sentencia señale en virtud de la interpretación que el Tribunal lleve a cabo de las normas reguladoras del reparto competencial.

⁴⁵ Sentencia dictada con ocasión del conflicto positivo de competencias número 171/1.983 promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña no en relación con un Real Decreto reglamentario sino respecto de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 1.982. Se cita en el presente estudio, a pesar de no recaer sobre una norma del Gobierno, dado el interés de la doctrina en ella sentada. Vid. en relación con esta cuestión las referencias jurisprudenciales realizadas por M. PULIDO QUECEDO, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.995, pp. 636-639.

El ejercicio de una competencia por el Estado o por las Comunidades Autónomas puede traducirse en una pluralidad de actuaciones concretas cuya legitimidad o ilegitimidad, a los efectos que tratamos, dependerá de si efectivamente quien las lleva a cabo es el titular de esa competencia. De esta suerte, una vez declarada por el Tribunal tal titularidad, desaparece la controversia a ella relativa, y como consecuencia la controversia respecto a la legitimidad competencial de las disposiciones dictadas, o que pueden dictarse, en su ejercicio. Por ello, si se hubieran planteado diversos conflictos en relación con disposiciones o actos dictados con ocasión del ejercicio de una misma competencia cuya titularidad se discute, la fijación de la titularidad en la resolución de uno de estos conflictos representa la desaparición sobrevenida de la controversia competencial en los demás casos planteados sobre idéntico tema entre los mismos sujetos pues la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional resolutorias de conflictos de competencia se extiende, más allá del caso concreto planteado, a todos aquellos en que se hubiera planteado idéntica diferencia sobre el orden competencial.”

El fundamento de la necesaria vinculación del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, independientemente de la superior posición de éste último en el orden constitucional, radica en que una vez declarada la titularidad de la competencia de que se trate, desaparece su carácter controvertido, por lo que el ejercicio de esa competencia quedará, tanto respecto a la disposición que dio lugar al conflicto como en ulteriores ocasiones en que tal competencia pueda ejercerse, atribuido y reservado al titular que la sentencia señale en virtud de la interpretación que el Tribunal lleve a cabo de las normas reguladoras del reparto competencial.

Pero es que, además, el contenido de las sentencias que se dicten en ambos tipos de procesos con ocasión de una disposición reglamentaria del Gobierno tienen el mismo alcance como se deduce de la redacción de los artículos 66 LOTC y 71.1.a) y b) LJ. En efecto, el artículo 66 LOTC establece que la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición que originó el conflicto en cuanto estuviere viciado de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuere procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma. El artículo 71.1.a) y b) LJ, por su parte, dispone que cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo declarará no ser conforme a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición. Si se pretendiese además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

Por otra parte, en relación con la determinación del ilícito competencial del conflicto positivo de competencia, se pueden distinguir tres fases en la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, no limitada estrictamente a los pronunciamientos dictados con ocasión de Reales Decretos reglamentarios:

- 1) Una primera en la que prácticamente cualquier aspecto del régimen de las competencias repartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas es cuestionable por el cauce del conflicto positivo de competencia (Sentencia

del Tribunal Constitucional 119/1.986 de 20 de octubre, F.J. 3), pues se llega a defender incluso la exclusividad de la jurisdicción (Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1.985 de 24 de octubre, F.J. 6).

2) Una segunda, constituida propiamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/89 de 11 de mayo (el denominado <<caso Atina>>) del que fue ponente M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER. De la misma, se deduce una notable aproximación a la configuración del proceso constitucional como una controversia sobre la *vindicatio potestatis* fundándose en normas constitucionales o del bloque de legalidad si bien también se incluyen aquellos supuestos en los que se pretende la anulación del acto o disposición general alegando un menoscabo de las atribuciones propias. La Sentencia declara en concreto [F.J. 2º] que <<cuando sobre la titularidad y límites de esa competencia no existe controversia, sino que ésta se limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo, ha de afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional>>.

Para A. ARCE JARNÁIZ⁴⁶, la Sentencia depura la noción de conflicto positivo de competencia de aquello que nunca debió formar parte de su contenido.

⁴⁶ A. ARCE JARNÁIZ, *A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 79, julio-septiembre, 1.993, p. 529. El autor examina el <<caso Atina>> en su artículo: *La jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisdicción de conflictos de competencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 70, abril-junio, 1.991.

F. RUBIO LLORENTE⁴⁷, por el contrario, entiende que la Resolución judicial establece una distinción entre dos géneros de conflictos, oscura e incompatible con las normas constitucionales y legales que el Tribunal está obligado a respetar fomentando la alternatividad entre ambos tipos de procesos. En apoyo de dichas afirmaciones, A.J. GÓMEZ MONTORO⁴⁸, por su parte, expone principalmente los dos siguientes argumentos:

a) En este tipo de procesos no se discuten los hechos en sí sino la trascendencia jurídica de los hechos verificando si para el caso concreto se han vulnerado los límites externos de la competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

b) A través de los conflictos positivos de competencia no se persigue una interpretación abstracta de las normas sino la resolución de controversias -interpretando eso sí tales normas- sobre la legitimidad o no de una disposición o acto que se funda en la posesión o no de una competencia para dictarlo.

3) Una tercera línea doctrinal viene representada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1.992 de 14 de mayo (<<Caso Pueyo>>) de la que fue ponente F. RUBIO LLORENTE. La citada Sentencia recupera la noción de

⁴⁷ F. RUBIO LLORENTE, C. DE LA VEGA BENAYAS y E. DIAZ EIMIL, emitieron un voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1.989 oponiéndose a la delimitación del conflicto positivo de competencias que declaraba la resolución judicial.

⁴⁸ A.J. GÓMEZ MONTORO, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 40, septiembre-diciembre, 1.990, pp. 115-116.

conflicto positivo de competencia que alcanza a cualquier tipo de controversia que afecte al Estado y las Comunidades Autónomas, incluso, aquéllas en las que el debate se encontrara reducido a una cuestión puramente fáctica de la que depende la titularidad en el caso concreto de la competencia discutida (v.gr., determinar si la energía eléctrica producida por la Central Hidroeléctrica “El Pueyo” situada en Aragón es transportada fuera de la Comunidad Autónoma de origen o incide en el aprovechamiento extracomunitario de la energía eléctrica>>).

Finalmente, en este punto, resulta interesante mencionar la posición mantenida por A.J. GÓMEZ MONTORO y F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ⁴⁹. Dichos autores estiman que el carácter especial de la jurisdicción de conflictos del Tribunal Constitucional y su delimitación en relación con la que corresponde a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo descansa más en la naturaleza <<política>> de los sujetos activa y pasivamente considerados (Estado y Comunidades Autónomas o éstas últimas exclusivamente) que en una diferencia derivada de una acotación material de la controversia. La principal consecuencia de dicho razonamiento, desde la perspectiva de la delimitación del ámbito propio de ambas jurisdicciones, se concreta en la necesidad de suprimir la libertad de elección de los sujetos de modo que siempre corresponda su conocimiento al Tribunal Constitucional.

Si determinados conflictos de competencia planteados ante el Tribunal Constitucional son considerados por aquél como <<irrelevantes>> en el sentido de que carecen de la necesaria <<dimensión constitucional>> resulta

⁴⁹ A.J. GÓMEZ MONTORO y F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *De nuevo sobre quién debe resolver sobre los conflictos territoriales de competencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 99, julio-septiembre, 1.998, pp. 375-380.

imprescindible determinar qué criterios permiten ese ulterior deslinde con la competencia de los Tribunales Contencioso-administrativos. Y en este punto exponen dos reglas orientativas:

a) No hay conflicto de competencia cuando la antijuridicidad denunciada se basa en una infracción de normas distintas de las incluidas en el bloque de constitucionalidad que atribuyen competencias (v.gr., cuando la norma infringe el Ordenamiento jurídico por motivos distintos a una controversia competencial aunque obstaculicen el ejercicio de la competencia; cuando se apele genéricamente a los principios constitucionales; o se funde en la insuficiencia de rango de la norma aplicada).

El Tribunal Constitucional ha advertido, no obstante, que hay vicio de incompetencia no sólo cuando se ejercen competencias ajenas sino también cuando el ejercicio de las propias lesiona las competencias de otro ente. En consecuencia, habrá que distinguir entre <<obstáculos basados en cuestiones competenciales>> y <<obstáculos de hecho>>.

b) No hay conflicto en aquellos casos en los que se denuncia la infracción de principios que rigen las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas pero no hay una controversia competencial concreta.

Quien redacta el presente trabajo doctoral entiende que ciertamente resulta incuestionable la titularidad del Tribunal Constitucional para la resolución de los conflictos de competencia que surjan entre el Estado y las Comunidades Autónomas por imperativo del artículo 161.1.c) CE. Ahora bien, considero que la regulación actual de tales controversias permite, por un lado,

que el Tribunal Constitucional ejerza dicha atribución y, al mismo tiempo, salvar <<la cláusula general>> relativa al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre cualquier actuación o norma (v.gr. un Real Decreto reglamentario) de la Administración pública sujeta a Derecho administrativo y de los Decretos legislativos en cuanto exceden de los límites de la delegación. En efecto, la regla del artículo 61.2 LOTC permite a las partes de un conflicto de competencia (en el presente caso a alguna de las Comunidades autónomas afectadas por la norma aprobada mediante Real Decreto) plantear idéntica cuestión ante el Tribunal Constitucional con la peculiaridad de que, durante la tramitación de este segundo litigio, el proceso contencioso-administrativo se verá paralizado hasta que se dicte la sentencia resolutoria de la disputa competencial en sede constitucional.

c.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada con ocasión de conflictos positivos de competencia planteados a propósito de Reales Decretos reglamentarios.

De la jurisprudencia examinada del Tribunal Constitucional⁵⁰, puede extraerse la siguiente doctrina jurisprudencial en relación con el planteamiento de conflictos positivos de competencia.

⁵⁰ He examinado un total de 43 sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional, correspondientes al periodo 1.981-2.001, relativas a conflictos positivos de competencias planteadas por las Comunidades Autónomas en relación con Reales Decretos reglamentarios. De las mismas, 27 son parcialmente estimatorias, 4 estimatorias y 16 desestimatorias.

1) Respeto de los presupuestos procesales.

Los pronunciamientos judiciales examinados hacen las siguientes precisiones sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales establecidos en la LOTC por las partes intervinientes:

a) El Tribunal Constitucional exige que el órgano haga constar con claridad los preceptos de la disposición general viciados de incompetencia en el requerimiento previo, de modo que no puede plantearse el conflicto sobre preceptos no incluidos en dicho requerimiento (Sentencia 104/1.989 de 8 de junio, F.J. 2).

b) Pueden plantearse pretensiones alternativas de incompetencia respecto de actos de ejecución contemplados en los reglamentos que se impugnan cuando el requerimiento previo de incompetencia se refería a la inaplicabilidad total de dichas normas (Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1.997 de 16 de julio, F.J. 14).

2) A propósito de la naturaleza jurídica del proceso.

La doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las Sentencias 166/1.987 de 28 de octubre, F.J. 2; y 180/1.992 de 16 de noviembre, F.J. 7, destaca que la regulación contenida en los artículos 62 y siguientes de la LOTC constituyen un cauce reparador, no preventivo, de transgresiones del orden constitucional de distribución de competencias.

3) En cuanto a la delimitación del objeto procesal del conflicto positivo de competencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sentado los siguientes presupuestos en relación con el objeto del conflicto positivo de competencia:

a) No se trata de un proceso impugnatorio de normas, sino de un cauce para la resolución de controversias competenciales que tiene por finalidad garantizar que los sujetos de los conflictos respeten el orden constitucional (Sentencia 167/1.993 de 27 de mayo, F.J. 2).

b) El conflicto positivo de competencia presupone siempre la existencia de una controversia actual y concreta acerca de la titularidad de una competencia ejercida por el Estado o por una Comunidad Autónoma. En este sentido, se pronuncian las Sentencias 300/1.993, de 20 de octubre, F.J. 3; 96/1.996 de 30 de mayo, F.J. 31; 275/2.000 de 16 de noviembre, F.J. 2. Y , en consecuencia, no es determinante la naturaleza o la forma del acto en que se funda el conflicto (Sentencia 220/1.992, de 11 de diciembre, F.J. 15).

En concreto, la Sentencia 275/2.000 de 16 de noviembre (Ponente: V. CONDE MARTÍN DE HIJAS), en su F.J. 2, expone:

“Pues bien, este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones que sólo está llamado a pronunciarse sobre la titularidad de una competencia «en la medida en que se trate de una competencia controvertida o de que la disputa esté todavía viva» (por todas, STC 196/1997, de 13 de noviembre, F. 2), lo que no sucede en el presente caso, toda vez que el precepto sobre el que se trabó el conflicto ha sido derogado y no simplemente sustituido por otra normativa que plantee los mismos problemas competenciales suscitados en relación con el art. 9.1 c) del Reglamento de Cooperativas de Crédito. Por ello, resulta de todo punto improcedente un pronunciamiento por parte de este Tribunal acerca de la instancia competente para otorgar una autorización administrativa que ha sido suprimida habida cuenta de que el conflicto positivo de competencia presupone la existencia de una controversia actual y concreta acerca de la titularidad de una competencia ejercida por el Estado o una Comunidad Autónoma (ATC 14/1991, de 15 de enero, F. 1).”

En consecuencia, resulta de todo punto improcedente un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional acerca de la instancia competente para ejercer una determinada competencia administrativa cuando el precepto que originó el conflicto ha sido ya derogado durante su tramitación y no simplemente sustituido por otra normativa del Gobierno que plantee los mismos problemas competenciales.

c) Por la misma razón, no cabe fundar la petición de declaración de inconstitucionalidad en la falta de rango de las disposiciones impugnadas (Sentencia 32/1.983 de 28 de abril, F.J. 1; 42/1.983 de 20 de mayo, F.J. 3; 186/1.988 de 17 de octubre, F.J. 5).

d) En este tipo de conflictos, por otra parte, pueden plantearse tanto reivindicaciones de titularidad de las competencias controvertidas como denuncias relativas al ejercicio extralimitado de una competencia ajena o al menoscabo de una propia, siempre que la controversia así suscitada afecte a la definición o a la delimitación de los títulos competenciales en litigio (Sentencia 203/1.993, F.J. 3; 87/1.997 de 24 de abril, F.J. 2).

e) En cambio, no puede ser objeto del conflicto positivo de competencia el pronunciamiento abstracto sobre la titularidad de una competencia, desvinculado de una concreta reivindicación competencial, que no tendría otro alcance que la mera reiteración de los títulos competenciales establecidos por la Constitución Española y el Estatuto de autonomía (Sentencia 66/1.998 de 19 de marzo, F.J. 3).

4) En relación con la delimitación del objeto material del conflicto positivo de competencia.

En concordancia con el carácter concreto del objeto del proceso sobre una controversia determinada, el mismo ha de versar sobre disposiciones concretas y determinadas sin que quepan impugnaciones globales e indeterminadas (Sentencia 1/1.982 de 28 de enero, F.J. 7; 166/1.987 de 28 de octubre, F.J. 2; 329/1.994 de 15 de diciembre, F.J. 8).

Además, pueden señalarse los siguientes caracteres delimitadores del objeto material del conflicto positivo de competencia:

a) La Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1.993 de 27 de mayo, F.J. 2, destaca que la falta de impugnación de una disposición general del Ejecutivo no implica la imposibilidad de instar un conflicto sobre el mismo objeto en relación con cualquier disposición o acto ulterior, aun cuando sea mera reproducción o una modificación o ampliación de aquélla. Y ello por el carácter indisponible de las competencias, que no puede verse alterado por la pasividad temporal de cualquiera de los entes interesados frente al indebido ejercicio de sus competencias por otro.

b) La Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1.998 de 22 de enero, F.J. 2, por su parte, sostiene que se pueden atraer al debate procesal leyes o normas con rango de ley como cuestión previa, conforme permite el artículo 67 LOTC (Sentencias el Tribunal Constitucional 39/1982, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º, y 5/1987, fundamento jurídico 1.º), siempre que el supuesto vicio de incompetencia traiga origen de la ley. Sin embargo, tal posibilidad no es incondicionada. Tan sólo resulta procesalmente viable en la medida en que la cuestión sobre la titularidad de la competencia debatida sea <<inseparable>> de la <<apreciación sobre la adecuación o inadecuación de la norma o normas de ley invocadas para fundamentar aquella competencia al orden competencial mismo derivado de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía>>.

5) En cuanto a los efectos de la modificación, derogación o pérdida de vigencia de la disposición impugnada sobre el proceso.

En este punto, pueden mencionarse las siguientes determinaciones realizadas por el Tribunal Constitucional:

a) Ha de huirse de todo automatismo examinando las circunstancias concurrentes en cada caso y la pervivencia de la controversia. Así, cuando la nueva normativa plantea los mismos problemas competenciales que la anterior, no desaparece el conflicto. A este respecto, pueden citarse las Sentencias 329/1.993 de 12 de noviembre, F.J. 1; 194/1.994 de 28 de junio, F.J. 2; 128/1.999 de 1 de julio de 1.999, F.J. 4; 148/2.000 de 1 de junio, F.J. 3; 223/2.000 de 21 de septiembre, F.J. 3; 275/2.000 de 16 de noviembre del 2.000, F.J. 1; y 45/2.001, F.J. 5.

En concreto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 15 de febrero del 2.001 (Ponente: T. VIVES ANTÓN), en su F.J. 5 declara en relación con la cuestión señalada que :

“según reiterada jurisprudencia, «hay que huir de todo automatismo, siendo necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, y, ante todo, a la pervivencia de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes (por todas SSTC 119/1986, 182/1988, 248/1988, 329/1993 y 155/1996)» (STC 147/1998, de 2 de julio, F. 3), lo que será sin duda el caso si, a pesar de que se hayan modificado las disposiciones que dieron lugar al planteamiento del conflicto las partes sostienen, tácita o expresamente, sus pretensiones iniciales (SSTC 128/1999, de 1 de julio, F. 4; 182/1988, de 13 de octubre, F. 1, por otras) y si, más allá de las derogaciones y modificaciones sucesivas, persisten en lo

sustancial los mismos problemas competenciales (SSTC 147/1998, de 2 de julio, F. 5 y 329/1993, de 12 de noviembre, F. 1).”

Persisten sustancialmente los mismos problemas competenciales si, a pesar de que se hayan modificado las disposiciones que dieron lugar al planteamiento del conflicto, las partes sostienen, tácita o expresamente, sus pretensiones iniciales.

Por el contrario desaparece el conflicto positivo de competencia, si atendidas las circunstancias del caso concreto, la normativa posterior provoca una pérdida sobrevenida del objeto del conflicto y, en consecuencia, resulta improcedente que éste sea resuelto mediante sentencia. En este sentido, se pronuncian los Autos del Tribunal Constitucional 38/1.991 de 29 de enero, F.J. único, y 85/1.991 de 12 de marzo, F.J. 1, al tener conocimiento durante la tramitación del proceso de que se han dictado nuevos Reales Decretos reglamentarios que venían a sustituir a aquéllos cuya vigencia suscitó los respectivos conflictos competenciales.

Relacionado con lo anterior, ha de señalarse que el Tribunal no queda vinculado automáticamente por la decisión unilateral de quien quiera desistir sino que, por el contrario, ha de apreciarse la inexistencia de un interés público en la controversia suscitada para proseguir la tramitación del conflicto hasta su resolución mediante sentencia. La anterior doctrina viene expuesta, en relación con disputas de competencias iniciadas con motivo de la aprobación de Reales Decretos normativos, en los AATC 71/1.991 de 26 de febrero, F.J. único; y 33/1.993 de 26 de enero, FF.JJ. 1 y 2.

b) Es posible la ampliación del conflicto a la modificación de las disposiciones cuya adopción dio origen al mismo, cuando las partes demanden todavía una determinación jurisprudencial de sus competencias que constate si se verificó o no la extralimitación competencial denunciada. En este punto, la Sentencia 329/1.993 de 12 de noviembre, F.J. 1, cita la doctrina contenida en las SSTC 182/1.988, fundamento jurídico 1.º; 248/1.988, fundamento jurídico 2.º; 167/1.993, fundamento jurídico 2.º; y AATC 155/1.991, 30/1.992, entre otras.

6) Respecto del contenido de las Sentencias.

La jurisprudencia examinada del Tribunal Constitucional realiza las siguientes precisiones en relación con el alcance de las resoluciones judiciales que dicta para resolver esta clase de controversias:

a) No es misión del Tribunal, como Juez de conflictos, llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y el significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias, de manera que si en las normas esgrimidas la invasión de competencia no se produce, el conflicto no puede prosperar (Sentencia 95/1.984 de 18 de octubre, F.J. 2).

b) Las sentencias que se dicten no pueden contener juicios de oportunidad o de idoneidad de las normas impugnadas, limitándose a determinar si exceden o no el marco de competencias. A este respecto puede mencionarse la Sentencia 275/2.000 de 16 de noviembre, F.J. 5.

c) No procede declarar la nulidad de una norma cuando simplemente se impugna su naturaleza básica dentro del sistema estatal (STC 128/1.999 de 1 de julio, F.J. 4).

d) Tampoco es obligado declarar la nulidad de los preceptos de un Real Decreto que desconocen la titularidad controvertida sino sólo su aplicación directa en el territorio de la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto. Así, la cláusula de supletoriedad del derecho estatal permite sostener la validez de la disposición objeto del conflicto (Sentencia 95/1.986 de 10 de julio, F.J. 6).

Finalmente, he de destacar que en relación con los conflictos de competencia suscitados con ocasión de Reales Decretos reglamentarios, he detectado un total de 9 Autos dictados por el Tribunal Constitucional para resolver la solicitud de suspensión del reglamento objeto del proceso a tenor del artículo 64.3 LOTC. Todos son denegatorios de la medida instada (Autos 166/1.982 de 6 de mayo, F.J. único; 167/1.982 de 6 de mayo, F.J. único; 66/1.984 de 2 de febrero, F.J. único; 1.089/1.987 de 1 de octubre, F.J. 1; 589/1.988 de 19 de mayo, F.J. 3; 285/1.990 de 11 de julio, F.J. 1; 266/1.994 de 4 de octubre, F.J. 2; 162/2.001 de 19 de junio, F.J. 2; y 282/2.001 de 30 de octubre, F.J. 2). En ellos, la suspensión se configura como una medida cautelar que atiende especialmente a las repercusiones perjudiciales que podría ocasionar la vigencia de la disposición. La última de las resoluciones dictadas, Auto 282/2.001 de 30 de octubre, contiene la doctrina general del Tribunal en torno a la adopción de la suspensión en los conflictos positivos de competencia al declarar [F.J. 2]:

“Sobre este tipo de incidentes de suspensión existe una consolidada doctrina constitucional, según la cual para su resolución es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentren afectados, tanto el general y público, como el particular o privado de las personas afectadas y de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda. En este sentido, ha de recordarse que el mantenimiento de la suspensión requiere no sólo la invocación de aquellos perjuicios, sino que «es preciso demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que debe partirse en principio de la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto (AATC 472/1988, 589/1988, 285/1990, 266/1994, 267/1994, 39/1995 y 156/1996, entre otros)» (ATC 156/1996, de 11 de junio, F. 1).

Por consiguiente, de acuerdo con la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional relativa al otorgamiento de la medida cautelar de suspensión en los conflictos positivos de competencia en los que se impugna un Real Decreto reglamentario, el *periculum in mora* se configura como el criterio clave para la adopción de la medida cautelar, previa valoración de los intereses públicos y privados en conflicto tanto del recurrente como de terceros que puedan resultar afectados. Y ello, al margen de la viabilidad de la pretensión *-fumus boni iuris-* ya que se parte de la constitucionalidad de la norma debatida durante el proceso.

CAPÍTULO XIV

CONCLUSIONES.

CAPÍTULO XIV

CONCLUSIONES.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

A.- Relevancia del método de estudio desarrollado.

B.- Vinculación de las conclusiones finales con las resultantes de cada uno de los capítulos.

C.- Relevancia de la legislación vigente en relación con el objeto de estudio y de los cambios legislativos producidos recientemente.

D.- El estado actual del régimen jurídico y el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios como la penúltima etapa de la evolución jurídica previsible.

2.- CONCLUSIONES OBTENIDAS EN LA INVESTIGACIÓN.

A.- Conclusiones obtenidas del examen de los anteriores Capítulos de la investigación.

a.- En relación con el régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios.

b.- En relación con el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios.

B.- Tesis que defiende el autor de estas líneas como resultado de la investigación realizada.

CAPÍTULO XIV

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

A.- Relevancia del método de estudio desarrollado.

Las conclusiones de la presente tesis doctoral son, como es obvio, el resultado de la investigación realizada. Sin embargo, dicha afirmación conviene matizarla por cuanto el estudio desarrollado incluye, junto con el análisis de la legislación sobre la potestad reglamentaria del Gobierno, un examen tanto de las aportaciones de la doctrina científica (principalmente española) como de la jurisprudencia dictada en relación con los Reales Decretos reglamentarios. Y es por ello que las principales conclusiones del presente trabajo, sobre todo en los temas más consolidados de la teoría general del Reglamento como el concepto mismo de reglamento o la potestad reglamentaria del Ejecutivo resultan preferentemente del análisis comparativo entre las más destacadas teorías formuladas por nuestros administrativistas, refrendadas por la jurisprudencia reciente. En consecuencia, en los casos citados, su valor es el propio de una investigación fundada directamente en las fuentes secundarias más autorizadas que permiten deducir el estado actual de la cuestión en la doctrina administrativa española y de Derecho comparado.

Existen, por el contrario, otras conclusiones que he podido extraer directamente de la jurisprudencia analizada y que, por ello mismo, se apoyan en fuentes jurídicas primarias, en cuanto que la jurisprudencia constituye el complemento indispensable de la Ley. Su valor, por consiguiente, es el de delimitar, a partir de la práctica del Derecho, los puntos más cuestionados o novedosos del régimen jurídico o del control de los reglamentos aprobados por Real Decreto.

En relación con la anterior puntualización, he de recordar que en el estudio desarrollado he investigado toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde su creación, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo recopilada hasta noviembre del 2.002 (correspondiente a quince años de actividad de la Sala 3^a) y las Sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto del objeto del presente estudio doctoral. Pues bien, el análisis de tan extenso repertorio judicial me ha permitido, evidentemente, profundizar en los temas tradicionalmente discutidos por la doctrina española sobre los reglamentos del Gobierno (v.gr., el procedimiento de elaboración de los reglamentos del Ejecutivo o la relación de la Ley con el reglamento aprobado por Real Decreto) y apuntar algunas de las corrientes jurisprudenciales más recientes que ayudan a perfilar el conocimiento del régimen jurídico y el control jurisdiccional de las disposiciones generales aprobadas en Consejo de Ministros.

Por último, determinadas partes del trabajo doctoral hasta el momento presente han sido objeto de un menor tratamiento por la doctrina administrativa española por lo que, en relación con algunos puntos de tales Capítulos, el estudio a partir de los datos obtenidos de la jurisprudencia adquiere especial relevancia (así, por ejemplo, ocurre con el estudio realizado de las causas de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos contra las normas del Ejecutivo o la ejecución de las sentencias declarativas de nulidad de los Reales Decretos reglamentarios).

B.- Vinculación de las conclusiones finales con las reflexiones realizadas en varios de los Capítulos.

Algunas de las conclusiones que se aportan a continuación han sido obtenidas a partir de las reflexiones finales realizadas en ciertos Capítulos del trabajo doctoral. En efecto, las consideraciones desarrolladas en diversos Capítulos que guardan una unidad conceptual (como por ejemplo el estudio del reglamento en Derecho comparado) me han servido como punto de partida para la elaboración de las conclusiones que a continuación detallo lo que entiendo que supone un proceso metodológico obligado para no exponer como razonamientos finales del estudio unas afirmaciones carentes de conexión con los resultados que he ido obteniendo en cada una de las materias abordadas. En todo caso, se trata de reflexiones iniciales, por cuanto en el presente Capítulo se ha pretendido seleccionar exclusivamente aquellas consideraciones vinculadas a las aportaciones jurisprudenciales más destacadas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de modo que se recogieran como parte de las conclusiones finales sólo los razonamientos jurídicos de actualidad que pudieran resultar más acreditados, relevantes y de alcance general de entre los obtenidos en el análisis realizado respecto de los Reales Decretos normativos.

C.- Relevancia de la legislación vigente en relación con el objeto de estudio y de los cambios legislativos producidos recientemente.

En los resultados obtenidos en la presente investigación destaca, evidentemente, la influencia que el cambio de legislación producido en los últimos años ha tenido en cada una de las distintas instituciones que integran el régimen jurídico y el control de los Reales Decretos reglamentarios.

A este respecto, merece destacar, como hitos legislativos más importantes que han marcado un cambio trascendental en el conjunto de normas que regulan la materia tratada, los siguientes:

a) La Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978 en cuanto al concepto de reglamento, titularidad del Gobierno de la potestad reglamentaria y ubicación del Real Decreto en el sistema de fuentes del Derecho con especial referencia a las reservas de ley.

b) La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado 6/1.997 de 14 de abril y la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre respecto al concepto de reglamento, la potestad reglamentaria del Gobierno y el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria.

c) La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1.992 de 26 de noviembre modificada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero en relación con la vigencia y eficacia en el tiempo de los reglamentos del Gobierno; el régimen de los vicios invalidantes de las normas reglamentarias y los procedimientos de control de la potestad reglamentaria por el propio Consejo de Ministros.

d) Finalmente, la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1.998 de 13 de julio en cuanto a las modificaciones operadas en el sistema de recursos jurisdiccionales que permiten controlar el sometimiento a Derecho de los Reales Decretos reglamentarios.

D.- El estado actual del régimen jurídico y el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios como la penúltima etapa de la evolución jurídica previsible.

La evolución legislativa y jurisprudencial tendente a conseguir el sometimiento pleno de la norma reglamentaria del Gobierno a la Ley y al Derecho todavía no ha terminado. En efecto, el Ordenamiento jurídico actual impide que los reglamentos aprobados por Real Decreto viciados de nulidad radical puedan ser impugnados con éxito en determinadas situaciones por los ciudadanos ante la jurisdicción contencioso-administrativa (así, por ejemplo, en vía directa una vez transcurrido el plazo preclusivo de dos meses y en la indirecta por omisión del trámite de audiencia a las asociaciones y organizaciones reconocidas en la Ley) lo que entiendo que, en modo alguno, puede ser considerado como una situación aceptable para asegurar la primacía de la Ley y del Derecho en la actuación del Gobierno.

2.- CONCLUSIONES OBTENIDAS EN LA INVESTIGACIÓN.

A.- Conclusiones obtenidas del examen de los anteriores Capítulos de la investigación.

a.- En relación con el régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios.

Del estudio desarrollado en torno al régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios cabe extraer las conclusiones que expongo a continuación.

1.- Respecto del concepto y la naturaleza jurídica del reglamento aprobado por Real Decreto, la Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo parte de un concepto formal de Real Decreto reglamentario, en cuanto norma jurídica que se integra en el sistema de fuentes del Derecho.

Afirma que el concepto de reglamento como norma jurídica emanada del Gobierno o la Administración pública con valor subordinado a Ley determina que su régimen jurídico sea esencialmente diferente al del acto administrativo, acto ordenado y no ordenador. El reglamento del Ejecutivo pasa a formar parte del bloque de legalidad que se impone a la Administración pública en su actuación y, en consecuencia, dado su carácter subordinado y condicionado a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico (Constitución, principios generales del Derecho y jurisprudencia) ha de ser objeto de control permanente por los ciudadanos, los propios Entes Públicos y el Poder Judicial.

2.- En el estado actual de la doctrina científica española, así como de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, conviven diversas teorías que tratan de fundamentar la distinción entre la norma reglamentaria y los actos administrativos. La diferencia entre las dos principales posturas doctrinales existentes parte de la diversa consideración que mantienen sobre la ubicación del concepto mismo de reglamento dentro del Derecho Administrativo. Así, mientras para la primera posición doctrinal, la norma reglamentaria constituye una categoría jurídica independiente porque no sería

correcto explicar el reglamento como un simple acto administrativo general y hacer aplicación al mismo de toda la teoría de los actos. Para la segunda, por el contrario, ha de partirse del concepto de acto administrativo en cuanto decisión dictada por un órgano de la Administración pública en el ejercicio de potestades administrativas y como tal sometido a la Ley y a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por lo demás, ambas teorías admiten que el reglamento ha de tener un régimen jurídico peculiar de control jurisdiccional en atención a su condición de norma integrada en el sistema de fuentes del Derecho, esto es, a su carácter ordinamental, lo que en definitiva nos remite al análisis del régimen jurídico vigente.

Finalmente, destaca una tercera posición doctrinal y jurisprudencial más reciente que adopta una fórmula conciliadora consistente en considerar la norma reglamentaria como acto jurídico de la Administración.

3.- En cuanto a la nota esencial del reglamento del Gobierno. Partiendo del análisis doctrinal que distingue dos variables fundamentales en la noción del reglamento (el supuesto de hecho contemplado y los destinatarios), entiendo que la misma no reside en el número de sus destinatarios sino en la posibilidad de concreción de los mismos. El reglamento se caracteriza por constituir una regulación abstracta del supuesto de hecho contemplado de modo que el sujeto destinatario sea absolutamente indeterminable, lo que viene en parte derivado de una vigencia indefinida en el tiempo que permite incrementar el grado de abstracción de la norma. En un reglamento con destinatario individual, éste puede ser indeterminable. Así por ejemplo ocurre con un reglamento que

regula un cargo unipersonal dentro de la Administración del Estado ya que el número de funcionarios que pueden ocuparlo es indefinido.

4.- El recorrido histórico efectuado por las dos grandes tradiciones jurídicas examinadas, la del Derecho Administrativo continental y la del *Public Law*, me permite concluir que la doctrina científica más moderna sigue realizando una división de la potestad reglamentaria del Gobierno en Derecho comparado atendiendo fundamentalmente a como sea su titularidad y ejercicio. En efecto, por una parte, las fuentes doctrinales consultadas mencionan la regulación de aquellos países que forman el Derecho continental europeo, tanto de carácter germánico como romano, en los que con diversos matices se afirma la existencia de un poder reglamentario del Gobierno por atribución constitucional. La Constitución otorga al Ejecutivo un poder normativo más modesto y de naturaleza diferente al del Legislativo para dictar disposiciones con las que ejecutar y completar las leyes y el resto del Ordenamiento jurídico. El ejercicio de los poderes reglamentarios ha de conectarse principalmente al desarrollo de una ley, contando con una previa autorización de la misma, o bien actuarse de modo independiente para realizar una regulación autónoma en un ámbito no normado por una ley.

En segundo lugar, los autores examinados abordan el análisis del Derecho anglosajón, con fundamentos doctrinales propios, que parte de una aplicación radical del principio de división de poderes para negar como regla general poderes reglamentarios al Ejecutivo. El ejercicio de poderes normativos por el Gobierno será consecuencia, exclusivamente de la delegación de los poderes legislativos del Parlamento, realizada mediante una atribución *ad hoc*. El fruto

de la actividad normativa obtenida a partir de tal delegación es la denominada legislación delegada o *delegated legislation* que únicamente es válida en la medida en que su contenido sea conforme a la ley de delegación en virtud de la cual fue dictada.

Pues bien, en relación con el tema objeto de estudio, entiendo que nuestro Ordenamiento jurídico se integra en la tradición de Derecho continental en la medida en que la Constitución consagra la potestad reglamentaria del Gobierno español ejercida, precisamente, para dictar los Reales Decretos reglamentarios. Entronca, además, desde inicios del siglo XIX con la dogmática francesa elaborada en torno al reglamento del Gobierno a partir del periodo revolucionario del Consulado definiéndolo como norma formal subordinada a la ley dictada para la ejecución de la misma como expresión de la voluntad popular.

5.- La jurisprudencia examinada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sostiene que el Gobierno a través de la potestad reglamentaria que le atribuye la Constitución en su artículo 97 participa en la formación del Ordenamiento jurídico de modo permanente. Atribución de potestad genérica y autónoma que ejerce como poder propio. No obstante, el ejercicio de la potestad normativa del Gobierno ha de compatibilizarse con la sumisión de la misma a la Constitución y a las leyes, lo que en última instancia, viene a determinar la subordinación de los reglamentos del Ejecutivo al Ordenamiento jurídico en su conjunto, incluida la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo, por otro lado, muestra una evolución jurisprudencial respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria <<derivada>> de los Ministros precisamente por oposición a la que atribuye al Gobierno. En efecto, inmediatamente después de la Constitución de 1.978 parte de la prohibición radical de su ejercicio por los Ministros para ir modulando posteriormente su postura. Finalmente, admite que los titulares de los Departamentos ministeriales puedan dictar reglamentos siempre que se encuentren habilitados expresamente por una ley o un Real Decreto reglamentario aunque en éste último caso han de limitarse a ejecutar delegaciones singulares.

Asimismo, las sentencias examinadas del Tribunal Supremo en la presente investigación apuntan, como notas caracterizadoras de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación, las siguientes: se trata de una potestad discrecional; ha de ser definida con carácter restrictivo; ha de estar sometida a la Ley y al Derecho tanto desde un punto de vista sustantivo como formal o procedimental; configura al Gobierno como fuente formal del Derecho; y, finalmente, se trata de una potestad innovadora del Derecho existente.

6.- Para la doctrina científica mayoritaria analizada, el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno, en virtud de la subordinación a la Ley del reglamento, exige la previa habilitación legal en todos aquellos supuestos de reserva material (constitucional) de ley y de reserva formal (o congelación formal de rango). Por lo tanto, los reglamentos ejecutivos dictados por Real

Decreto requerirán siempre antes una habilitación legal, quedando excluidos únicamente de la necesidad de obtener dicha habilitación, los reglamentos independientes dictados en el ejercicio de la potestad propia en ámbitos no <<reservados>> por la ley o que no pretenden en modo alguno desarrollar o modificar la regulación legal.

7.- El procedimiento de elaboración de disposiciones generales se configura como un procedimiento formal de carácter <<*ad solemnitatem*>>. En efecto, la práctica totalidad de los trámites especificados en el artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/1.997 de 27 de noviembre, salvo trámites como el de información pública, pueden calificarse como preceptivos de modo que su omisión conlleva la infracción de fases esenciales del procedimiento legalmente previsto y por ende su nulidad. Ello supone un cambio respecto de la regulación contenida anteriormente en los artículos 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo que aunque con cierta polémica en relación con algunos de los requisitos del procedimiento, configuraba como: 1) No determinantes de vicio invalidante la ausencia de los informes y estudios complementarios, si bien hubo un cambio posterior en la opinión jurisprudencial; 2) meramente facultativo el trámite de información pública; y 3), finalmente, como discrecional el trámite de audiencia a las entidades representativas, calificación también modificada posteriormente por el Tribunal Supremo.

Queda, sin embargo aún vigente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual, en los recursos indirectos contra reglamentos no cabe apreciar defectos de forma en el procedimiento de elaboración con independencia del contenido material de la norma. Dicha posición considero que contradice frontalmente la caracterización del procedimiento de elaboración del reglamento del Gobierno como garantía de <<legalidad, acierto y oportunidad>> de la norma que se dicte y, por consiguiente, del carácter imperativo de su regulación. Y es que, en efecto, la regulación legal del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Ejecutivo tiene carácter preceptivo de modo que su infracción supone un vicio esencial para la validez de la norma.

8.- La jurisprudencia más moderna de la Sala 3ª del Tribunal Supremo destaca en relación el procedimiento de elaboración de los Reales Decretos reglamentarios que: 1) en la confección de los mismos tienen especial relevancia las memorias justificativa y económica aunque, en la práctica, la trascendencia invalidante de su omisión se anuda a la circunstancia de que concurra la infracción de otros trámites esenciales del procedimiento; 2) la preceptividad del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente del Real Decreto queda salvada si consta una declaración escueta de su acierto y validez; 3) el dictamen del Consejo de Estado constituye un requisito previo, preceptivo, esencial y de orden público si bien sólo se sanciona su omisión con nulidad radical en los recursos directos contra Reales Decretos reglamentarios; 4) el dictamen del Consejo de Estado debe recaer sobre el proyecto que se somete a la aprobación del Gobierno y, además, ha de ser el último dictamen emitido en el proceso de elaboración de la disposición

general; 5) no es exigible un segundo dictamen salvo que las modificaciones operadas en el proyecto sean sustanciales; 6) el dictamen del Consejo de Estado es obligatorio cuando el Real Decreto elaborado es desarrollo del Derecho comunitario tanto originario como derivado; 7) el trámite de audiencia se configura como esencial (dada su configuración constitucional) y preceptivo por estar destinado a recoger la opinión de los interesados en relación con las normas que les afecten aunque sus alegaciones no sean vinculantes; 8) dicho trámite de audiencia no requiere agotar la totalidad de las asociaciones o entidades representativas del sector y sólo es exigible respecto de las previstas en las leyes sectoriales; 9) el informe de los órganos cualificados en la materia que se trata de regular, exigido por leyes sectoriales, se estima preceptivo; 10) la tabla de vigencias prevista en el antiguo artículo 129.3 LPA no podía ser exigida cuando se innovaba completamente la regulación anterior en la medida en que no causaba indefensión a los interesados; 11) la validez del Real Decreto dictado con incumplimiento del plazo fijado por la ley que desarrolla únicamente se ve afectado por una irregularidad no invalidante; 12) la motivación de los reglamentos del Gobierno, a través de los preámbulos o exposiciones de motivos de la norma, es obligada fundándose en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por lo que, además, ha de ser congruente con la realidad que pretende regular.

9.- En cuanto a la eficacia y vigencia en el tiempo de los Reales Decretos reglamentarios, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que la publicación de un reglamento se configura como un acto preceptivo, y es el instrumento necesario para determinar su entrada en vigor, exteriorizando su eficacia y obligatoriedad (artículos 2 Cc, 52 LRJAPYAC y 24 LG). Responde

al principio de publicidad de las normas consagrado en el artículo 9.3 CE que, no obstante, tenía ya reflejo en la legislación ordinaria previa a la Constitución en relación con los reglamentos del Gobierno (artículos 2 Cc, 29 LRJAE y 132 LPA).

En el supuesto concreto de que el Real Decreto reglamentario se publique además en el Boletín Oficial del Ministerio proponente, la Sala 3ª del Tribunal Supremo mantiene que es la publicación contenida en el B.O.E. la que tiene la consideración de oficial y auténtica.

Por otra parte, la doctrina del Consejo de Estado dictada en relación con proyectos de Reales Decretos reglamentarios, sostiene un parecer favorable al mantenimiento de la *vacatio legis*, salvo circunstancias de urgencia, de modo que permita un conocimiento anticipado de la norma. Especialmente, cuando supone la incorporación al Ordenamiento jurídico de nuevos derechos y obligaciones.

10.- Respecto de la derogación de los reglamentos del Gobierno, las últimas Sentencias del Tribunal Supremo examinadas y la doctrina del Consejo de Estado relativa al tema coinciden en afirmar que la derogación se sitúa en el ámbito de la sucesión de las normas en el tiempo, de modo que la norma derogada no pierde del todo su eficacia sino que sigue regulando las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. Las Resoluciones judiciales estudiadas, asimismo, contemplan también el fenómeno denominado <<*reviviscencia de la norma derogada*>> que consiste en que si se declara

nula la norma derogante cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogatoria.

11.- El régimen de retroactividad y de inderogabilidad singular de las normas aprobadas mediante Real Decreto pone de manifiesto, por otra parte, la condición de acto propio de la Administración pública que tiene el reglamento que, como tal, se encuentra sometido al principio de legalidad.

En cuanto a la inderogabilidad singular de los reglamentos del Gobierno, la jurisprudencia analizada fundamenta dicha regla en el principio mismo de legalidad. En efecto, el Ejecutivo no puede vulnerar el Ordenamiento jurídico, y en concreto el bloque de legalidad en el que se integran los reglamentos del Gobierno como derecho objetivo, dictando un acto contrario al mismo. Por otra parte, sostiene que no se atenta contra el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos cuando el Real Decreto establece un régimen de opción, o se limita a reproducir o desarrollar sin desvío un precepto legal.

En relación con la retroactividad de las disposiciones aprobadas en Consejo de Ministros, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sufre una evolución en el periodo constitucional que parte de una postura contraria o al menos enormemente restrictiva de tal retroactividad, en una interpretación inicial del artículo 9.3 CE. Posteriormente, adopta una tesis proclive a los efectos retroactivos de las normas reglamentarias del Ejecutivo que tienen como límite los derechos adquiridos de los particulares en la medida en que les es aplicable la regla general de los artículos 9.3 CE y 2.3 Cc.

12.- La relación entre la Ley y el reglamento del Gobierno en nuestro Derecho, de acuerdo con la doctrina científica y legal más actual, se asienta en el principio de juridicidad que impone la sumisión de la actuación administrativa al Ordenamiento jurídico en su conjunto. El principio de legalidad constituye una concreción cualificada de dicha regla fundamental que determina la plena sumisión del reglamento a la Ley.

En conexión con este último principio, la doctrina de Derecho administrativo actual y la jurisprudencia analizada definen la reserva de ley como aquél ámbito material que exige una ley previa para la actuación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo de modo que sólo por ley podrán regularse determinados contenidos de aquel sector de la realidad social. La exclusión del reglamento aprobado por Real Decreto en tales ámbitos, sin embargo, no es total pues la intensidad de la reserva varía en función de la materia sobre la que recae debiendo analizarse cada una dentro de lo que la doctrina denomina “escala de reserva legal” cuyo alcance concreto es perfilado por la jurisprudencia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional destaca que no toda remisión de la Ley Orgánica al reglamento es constitucionalmente legítima sino que la misma ha de ser indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la Ley. Por su parte, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sostiene, en relación con la reserva ordinaria de ley, que el Poder Legislativo debe agotar el contenido esencial sobre la materia reservada lo que deja al

Real Decreto reglamentario un ámbito material suficiente para que aporte un cierto contenido innovador.

13.- La doctrina científica y la jurisprudencia actual se muestran unánimes en cuanto a la afirmación de la inexistencia de reserva reglamentaria a favor del Gobierno en nuestro Ordenamiento jurídico tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978. El esquema de la reserva de reglamento desarrollado en la Constitución francesa de 1.958 no tiene cabida en nuestro Derecho por cuanto el mismo se funda en la existencia de un régimen presidencialista que justifica un ámbito de actuación autónomo para el Poder Ejecutivo. Por el contrario, el sistema de relación entre los distintos Poderes previsto en nuestro texto constitucional es el propio de una Monarquía Parlamentaria. El artículo 97 CE impone la sumisión plena del ejercicio de la potestad reglamentaria por el Poder Ejecutivo a la Ley y al Derecho mientras que los reglamentos autónomos exigen la determinación de un ámbito exclusivo de su competencia. Existe, no obstante, como caso singular y fuera del objeto propio de la presente investigación, la previsión normativa contenida en el artículo 37.3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que atribuye a las Diputaciones Forales la regulación exclusiva de determinadas materias.

14.- Respecto a la deslegalización como técnica de relación entre la Ley y el Real Decreto reglamentario, puede afirmarse la existencia de dos posiciones doctrinales antagónicas. La primera compartida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia analizada que define la deslegalización como una operación de manipulación del rango de una materia y como habilitación al reglamento del Gobierno para que entre a regular un determinado sector de la realidad social que se encontraba congelado en su rango por una ley. La segunda, por su parte, minoritaria, pone el énfasis en la eliminación por la ley deslegalizadora de la fuerza pasiva de la ley deslegalizada para que en el futuro la materia anteriormente regulada por ley pueda ser normada por el Ejecutivo a través de una simple disposición general.

La jurisprudencia examinada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, por otra parte, afirma las siguientes notas caracterizadoras de la técnica deslegalizadora: 1) no puede extenderse a materias constitucionalmente sometidas al principio de reserva de ley; 2) los reglamentos del Gobierno emanados de la técnica deslegalizadora no están sujetos a plazo; 3) asimismo, suponen una regulación propia e innovadora de la materia; y, finalmente, 4) tales reglamentos han de mantenerse dentro de la materia regulada por la ley afectada por la cláusula deslegalizadora.

15.- La clasificación de los reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros en función de su relación con la Ley tiene en nuestro Derecho una indudable relevancia práctica pues de ello dependerá, no sólo los trámites que haya de seguir en el procedimiento de elaboración un proyecto de Real Decreto reglamentario –necesidad o no de dictamen del Consejo de Estado– sino también, cuál sea su contenido sustantivo. Pues bien, la definición mantenida mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia de cada clase de reglamento es la siguiente:

a) En el estado actual, la doctrina científica define unánimemente los reglamentos ejecutivos del Gobierno de conformidad con la ya tradicional Moción del Consejo de Estado al Gobierno de 22 de mayo de 1.969, existiendo, no obstante, discrepancias sobre si ha de tenerse en cuenta sólo la perspectiva material (reglamentos que desarrollan materialmente una ley) o si ha de considerarse también la denominada perspectiva formal (supuestos de remisión en blanco o deslegalización). La Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Resoluciones judiciales analizadas, por su parte, se adhiere a la tesis mayoritaria según la cual son reglamentos ejecutivos: a) aquéllos que se dictan en desarrollo de una ley previa en ámbitos de reserva material o formal de ley aunque sin pronunciarse sobre los casos límite de habilitaciones en blanco o deslegalización; b) innovan, en su desarrollo, el Ordenamiento jurídico.

Según la citada doctrina jurisprudencial, no constituyen reglamentos ejecutivos los Reales Decretos que: a) aclaran o interpretan el contenido de una ley; b) se limitan a actualizar datos de marcado carácter técnico; c) los reglamentos independientes que se dictan en el ámbito organizativo.

b) En relación con el concepto de reglamento independiente, la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo muestra dos corrientes en su determinación, definiéndolo respectivamente como: 1) aquél que es consecuencia del ejercicio de la potestad originaria del Gobierno, es decir, derivada directamente de la Constitución; 2) aquél que regula materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de ley. En cualquier caso, ambas posiciones jurisprudenciales parten de una perspectiva formal que trata de delimitar el concepto citado bien desde el funcionamiento del sistema de fuentes del Derecho o bien desde el alcance de la potestad reglamentaria del Gobierno.

c) Finalmente, en cuanto al reglamento de necesidad, he precisado que el mismo se dicta en situaciones excepcionales lo que, además, puede justificar la atribución de la potestad reglamentaria a autoridades que habitualmente carecen de ella, y así lo contemplan determinadas leyes. Además, en relación con tales reglamentos, la jurisprudencia, atendiendo a las circunstancias del caso, estima no invalidantes la omisión de determinados trámites previstos para su elaboración por la Ley del Gobierno.

16.- El examen de la LRJAPYPAC revela que el legislador estatal ha diseñado, como medios para que las Administraciones Públicas controlen la conformidad con el Derecho de sus normas reglamentarias, dos procedimientos cuya iniciación puede ser instada por los particulares en cualquier momento. Así, puede distinguirse:

En primer lugar, el denominado recurso administrativo indirecto, o recurso *per saltum* regulado en el artículo 107.3 LRJAPYPAC que permite interponer un recurso administrativo directamente ante el órgano que dictó el reglamento en cuya ilegalidad se funda la impugnación del acto. En dicho procedimiento, el escrito inicial presentado por el particular tiene un doble carácter pues, por una parte, sirve para interponer un recurso administrativo contra un acto y, por otra, permite instar la revisión de oficio del reglamento en que dicho acto se funda.

En segundo término, la Ley de Procedimiento Común regula el procedimiento extraordinario de revisión de las disposiciones generales nulas de pleno derecho en el artículo 102 LRJAPYPAC que permite a la Administración que dictó el reglamento proceder <<de oficio>> a examinar la conformidad a Derecho del mismo. La resolución que declare la nulidad de la norma exigirá, en todo caso, el dictamen favorable del Consejo de Estado quedando a salvo, por otra parte, los actos firmes dictados durante su vigencia.

El último de los procedimientos administrativos previstos por la LRJAPYPAC para facilitar el control permanente de los reglamentos y, entre ellos, de los aprobados por Real Decreto, adolece de una carencia notable consistente en la negación expresa de una acción de nulidad para el particular que, eventualmente, puede haber denunciado la norma sometida al control del propio Consejo de Ministros. Dicha falta, derivada de la iniciación del procedimiento de revisión exclusivamente <<de oficio>> por la Administración competente, fue asumida de modo consciente por el legislador siguiendo la recomendación contenida en el Dictamen del Consejo de Estado de 28 de enero de 1.998, número 5.356/97, que proponía la supresión del reconocimiento expreso que de tal acción de nulidad contenía el Anteproyecto de la Ley de modificación de la LRJAPYPAC aprobada el 13 de enero de 1.999.

Finalmente cabe apuntar, en relación con los efectos de la declaración estimatoria del procedimiento de revisión de oficio de los reglamentos del Gobierno, que la doctrina legal de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo, de conformidad con la opinión científica mayoritaria y ya con anterioridad a la última Ley de la Jurisdicción 29/1.998 de 13 de julio, que la declaración de nulidad de un Real Decreto reglamentario no impide la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación del mismo.

b.- En relación con el control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios.

Del análisis realizado en torno a los procedimientos jurisdiccionales de control de la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros pueden extraerse las siguientes consideraciones que se integran en la relación de conclusiones generales del presente trabajo doctoral:

17.- La exposición realizada de los principales sistemas de control judicial de la potestad reglamentaria del Gobierno revela que, por encima de las dos grandes tradiciones jurídicas existentes en el Derecho comparado (Derecho continental y anglosajón), se pueden clasificar los ordenamientos jurídicos estudiados en dos categorías. Así por un lado, el Derecho de Francia, Inglaterra y los Estados Unidos de América establece unos mecanismos que permiten el control completo de la normativa secundaria dictada por el Ejecutivo a través de la impugnación directa e indirecta del reglamento o la legislación delegada.

Los ordenamientos jurídicos de Italia y Alemania, por el contrario, parten de un sistema de control de la potestad reglamentaria que ha de estar necesariamente ligado al enjuiciamiento de un acto administrativo que se vea afectado por la presunta ilegalidad del reglamento. En efecto, el recurso directo contra reglamentos dictados por el Gobierno o bien no existe como en el caso del Derecho alemán, o bien su eficacia se encuentra enormemente debilitada mediante la interpretación restrictiva que se hace por la doctrina jurisprudencial de la legitimación que ostenta el recurrente como en el caso

del Derecho italiano. La excepción de ilegalidad constituye, prácticamente, la única modalidad de control del poder reglamentario del Ejecutivo en ambos Derechos con el resultado de la inaplicación del reglamento al caso concreto sometido a enjuiciamiento.

Por consiguiente, en cuanto a la equiparación de los sistemas de control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios en nuestro Derecho con los regímenes de control judicial de la normativa del Gobierno en el resto de los ordenamientos de Derecho comparado examinados, estimo que existe una clara aproximación de las soluciones legislativas y jurisprudenciales adoptadas en España a las existentes en el Derecho francés y también, a pesar de pertenecer a una tradición jurídica distinta, a las vigentes en el Reino Unido y los Estados Unidos de América. La anterior afirmación se fundamenta tanto en la amplitud de la legitimación activa para recurrir las disposiciones del Gobierno como en las modalidades de procesos jurisdiccionales existentes para impugnar la validez de las normas del Ejecutivo, así como en los efectos que a las mismas se añan en todos los ordenamientos indicados, incluido el nuestro.

18.- La jurisprudencia y la doctrina desarrollada después de la Constitución ponen de manifiesto que la jurisdicción contencioso-administrativa se ha convertido por imperativo de los principios que inspiran el funcionamiento del Poder Judicial en un sistema jurisdiccional plenario (artículos 24, 106.1, 117.3 y 118 CE) que ha de permitir el máximo nivel de control de la conformidad a Derecho de la potestad reglamentaria del Gobierno.

A este respecto, entiendo que aunque la Ley 29/1.998 de 13 de julio parte de que <<asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial las disposiciones generales>> (apartado V de la Exposición de Motivos), los procesos judiciales que regulan la impugnación de los reglamentos, sin embargo, no permiten el control <<pleno>> de la actividad reglamentaria de las Administraciones públicas y en concreto de los Reales Decretos reglamentarios que impone el texto constitucional.

19.- La excepción de ilegalidad de los reglamentos se configura, según destaca la doctrina administrativista examinada, como una consecuencia inmediata del examen permanente de legalidad a que están sometidas la totalidad de las normas reglamentarias dada la vinculación <<más fuerte>> del Juez, los ciudadanos y los poderes públicos con la Constitución, la ley y los principios generales del Derecho. Y la consecuencia de dicha regla es, necesariamente, la no aplicación al caso concreto del Real Decreto reglamentario o del Decreto legislativo que se estima ilegal.

Por otra parte, como se deduce del análisis que he realizado de la Ley 29/1.998 de 13 de julio, la regulación del recurso indirecto contra reglamentos no contempla todas las posibilidades de control de un Real Decreto reglamentario nulo. De este modo, si el recurrente no fundó su recurso en la ilegalidad de la norma del Gobierno, el Juez contencioso puede recurrir a la excepción de ilegalidad.

20.- En cuanto a los límites de los reglamentos del Gobierno, podemos distinguir entre: a) límites formales (competencia, jerarquía normativa, el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria); y b) límites sustanciales (los principios generales del Derecho, el fin, la materia reglamentaria, la irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos individuales).

a) En relación con los límites formales, destaca la progresiva consolidación del carácter imperativo de la mayoría de los trámites esenciales del procedimiento de elaboración del reglamento del Gobierno, de modo que su omisión comporta la nulidad de pleno derecho de la norma. Pero merece mencionarse, especialmente, que la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo examinada ha ido delimitando los caracteres que acompañan la contravención del principio de jerarquía normativa por los Reales Decretos reglamentarios para ser apreciada judicialmente, señalando como tales: que el Gobierno no se limite a especificar, completar o desarrollar una ley sino que dicte una regulación autónoma; que se invoque específicamente la norma superior vulnerada; que la redacción del Real Decreto recurrido sea equívoca en comparación con los términos del precepto legal desarrollado; y finalmente, señala que no procede cuando la contradicción se produce en relación con Reales Decretos precedentes.

b) Respecto de los límites materiales, sobresale la consideración cada vez mayor de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo como límite de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. A este respecto, el estudio revela una reiterada valoración de los mismos por la Sala 3ª del citado Tribunal en el control judicial de la potestad reglamentaria por el Gobierno de la Nación en atención a las numerosas alegaciones de los recurrentes en tal sentido. Dicha circunstancia muestra la relevancia que tiene la propia estructura jerárquica de nuestro Derecho, integrada no sólo por normas sino también y sobre todo por principios que actúan como informadores del Ordenamiento jurídico sin perjuicio de ser fuente supletoria en defecto de ley y costumbre.

Asimismo, conviene destacar la doctrina que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha elaborado en torno al fin como límite sustantivo del reglamento del Gobierno que se concreta en la técnica de la desviación de poder. El Ejecutivo en la elaboración de un Real Decreto reglamentario goza de discrecionalidad, aunque no absoluta, lo que implica la libertad de elegir entre alternativas igualmente justas pero lo que no cabe es hacer un ejercicio de esa discrecionalidad para alterar los fines a que obedece dicha potestad.

Por último, en cuanto al límite de la materia reglamentaria, las Sentencias examinadas de la Sala 3ª del Tribunal Supremo destacan que los Reales Decretos reglamentarios no sólo no han de contradecir funcionalmente hablando la ley de cobertura sino que han de mantenerse en el ámbito del

grupo normativo que vienen a completar o desarrollar, presidido por la ley cabecera de dicho grupo.

21.- La doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de acuerdo con la doctrina científica examinada, muestra la subjetivación operada por nuestro sistema contencioso-administrativo de control de los Reales Decretos reglamentarios al concebirse el mismo como un respaldo de las situaciones jurídicas personales calificadas como derechos subjetivos e intereses legítimos. Dicha conclusión se ve confirmada por la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa cuya Exposición de Motivos centra el objeto del proceso contencioso en las pretensiones de las partes (v.gr., la declaración de nulidad de un reglamento aprobado en Consejo de Ministros).

Muestra del referido cambio de orientación en el control jurisdiccional de los reglamentos del Gobierno lo constituye la jurisprudencia examinada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en torno a las diversas causas de inadmisibilidad previstas en el antiguo artículo 82 de la LJCA de 1.956. En concreto, del estudio de la referida jurisprudencia merece destacarse la ampliación que opera la legitimación activa para recurrir Reales Decretos reglamentarios que parte del ámbito previsto inicialmente en el artículo 28.1.b) LJCA de 1.956 para ir progresivamente ampliándose hasta incorporar a todas las personas físicas o jurídicas que tengan un derecho subjetivo o interés legítimo, concepto éste último que alcanza a los intereses difusos y colectivos. Igualmente, destaca el criterio antiformalista que rige la apreciación de la capacidad procesal y la representación de los actores en el recurso. Así, por una parte, el interés legitimador del recurrente debe

entenderse vigente mientras no se vea privado por acto firme de la condición que exhibió al inicio del proceso y, por otra, el cumplimiento de las formalidades exigidas para acreditar de modo fehaciente la voluntad de recurrir y la representación del actor sólo se estima como causa de inadmisibilidad cuando expresamente lo establezca una norma.

22.- El recurso directo contra los Reales Decretos reglamentarios, también como efecto del artículo 24 CE, amplía la legitimación activa hasta equipararla con la establecida para los actos administrativos.

El plazo de impugnación continúa siendo el general de dos meses, si bien la doctrina científica reclama la posibilidad de recurrir, sin sujeción a plazo alguno, los reglamentos del Gobierno nulos de pleno Derecho. Y ello, habida cuenta de las dificultades prácticas que a la mayoría de los ciudadanos se les plantean para recurrir directamente un reglamento aprobado por el Ejecutivo en el breve plazo de dos meses previsto por la Ley de la Jurisdicción.

23.- La impugnación indirecta de disposiciones generales del Gobierno, en los supuestos del artículo 27.2 y 3 LJ (cuando el Juez o Tribunal que conozca del recurso indirecto lo fuere también para conocer del recurso directo o fuere el Tribunal Supremo), así como el mecanismo procesal de la cuestión de ilegalidad permiten declarar la nulidad de la norma reglamentaria contraria a Derecho.

A este respecto, merece destacarse que el recurso *per saltum* previsto en el artículo 107.3 LRJAPYAC en vía administrativa contra el acto que se funde

en la ilegalidad de un Real Decreto reglamentario permite atribuir la competencia para conocer del recurso indirecto ante la jurisdicción contencioso-administrativa al Tribunal Supremo. De este modo, la Sala 3ª del mencionado Tribunal puede resolver el recurso con las facultades que le otorga el artículo 27.3. Se trata, en suma, de un mecanismo cualificado previsto por las Leyes de Procedimiento Común y de la Jurisdicción a favor del actor diligente que vaya a fundar el recurso indirecto exclusivamente en la ilegalidad del reglamento dictado por el Gobierno.

Por otra parte, ha de señalarse que la doctrina científica examinada aboga porque el recurso indirecto pueda fundarse en vicios cometidos durante el procedimiento de elaboración del Real Decreto reglamentario, pero el Tribunal Supremo hasta la fecha ha negado tal posibilidad.

24.- Respecto de la cuestión de ilegalidad, la mayoría de los juristas critican la enorme complejidad del sistema, postulando de *lege ferenda* como solución técnica que la competencia para conocer de los recursos indirectos contra disposiciones generales se atribuya al Órgano judicial competente para resolver los recursos directos.

En relación con la impugnación de los Reales Decretos reglamentarios, la cuestión de ilegalidad queda restringida a los supuestos en los que el recurso indirecto contra el acto de aplicación no se interponga ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo y, además, no se recurra en casación.

25.- La jurisprudencia reciente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo objeto de la presente investigación, pone de manifiesto la existencia de una doctrina ya consolidada con la precedente Ley jurisdiccional que se inclinaba sin vacilaciones hacia el control judicial del Decreto legislativo por la jurisdicción contencioso-administrativa, facultad que encuentra su razón de ser en una extralimitación de las facultades delegadas que no gozaría del rango normativo para impedir su justiciabilidad y que ha sido acogida en la nueva Ley de la Jurisdicción.

La doctrina del Tribunal Constitucional examinada, por otra parte, afirma su competencia para conocer de las vulneraciones que los Reales Decretos legislativos hagan tanto del contenido sustantivo de la Constitución como de los criterios formales de delegación especificados en el artículo 82 CE. Una moderna línea jurisprudencial, sin embargo, estima incluido dentro del control de constitucionalidad la adecuación del Decreto legislativo dictado a los textos legales por él refundidos.

26.- En relación con la ilegalidad omisiva en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, la doctrina deducida de las Sentencias analizadas de la Sala 3ª del Tribunal Supremo mantiene que cabe admitir por la jurisdicción contencioso-administrativa una pretensión de condena a la Administración General del Estado a elaborar o promulgar un Real Decreto reglamentario, siendo ciertamente más difícil de admitir la sustitución judicial de la inactividad reglamentaria (posibilidad en la actualidad vedada por el vigente artículo 71.2 LJ).

Por otra parte, la jurisprudencia examinada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha especificado los supuestos concretos en los que puede declararse la existencia de una ilegalidad omisiva en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, distinguiendo entre omisión absoluta y relativa, entendiendo por ésta última la falta en la regulación de un Real Decreto reglamentario de determinados contenidos normativos.

27.- La afirmación doctrinal de que los reglamentos ilegales del Ejecutivo son, en todo caso, nulos de pleno derecho choca con la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, mantenida hasta la aprobación de la vigente Ley de la Jurisdicción, que sostiene la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las infracciones cometidas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Gobierno.

Por consiguiente, la práctica judicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sostiene dos regímenes de nulidad, uno absoluto y otro relativo, dependiendo de que el vicio en que incurra el Real Decreto reglamentario sea sustantivo o de carácter formal (incluyendo en este último término los apreciados en el procedimiento de elaboración de la norma), aunque los efectos de la sentencia declarativa de la nulidad del reglamento son en todo caso los especificados en el artículo 73 LJ.

28.- De acuerdo con la moderna doctrina científica analizada, la nueva regulación de la ejecución de las sentencias contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dota al Órgano judicial de los medios jurídicos precisos para hacer efectivo el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias. Resultan paradigmáticos a este respecto tanto el artículo 103.1 LJ que atribuye al Juez la potestad de ejecutar lo juzgado, como el artículo 105.1 LJ que prohíbe la suspensión o la inejecución total o parcial del fallo.

Por otra parte, el estudio realizado por el autor del presente trabajo doctoral sobre las sentencias declarativas de nulidad de Reales Decretos reglamentarios revela, en todo caso, la existencia de un alto grado de ejecución de lo resuelto, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación del proceso contencioso-administrativo, tanto en relación con la publicación de dichas Sentencias en el Boletín Oficial del Estado como con la aprobación y puesta en vigor de la normativa del Gobierno que venía a sustituir a la declarada nula. Y en este punto, resulta llamativa la práctica detectada en ciertos casos consistente en derogar el Real Decreto impugnado durante la tramitación de la litis.

29.- De acuerdo con los artículos 129 y siguientes de la nueva Ley de la Jurisdicción, el criterio determinante para la adopción de las medidas cautelares en los supuestos de impugnación de un Real Decreto reglamentario es el *periculum in mora*. Se trata de evitar que la aplicación de la disposición del Gobierno puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso, que no es otra que la satisfacción procesal de la parte actora.

La jurisprudencia analizada muestra, sin embargo, la consolidación como criterio secundario del *fumus boni iuris* que es aplicado siempre que aparezca el buen derecho del recurrente de forma clara y evidente.

La doctrina jurisprudencial examinada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo mantiene un criterio restrictivo en el otorgamiento de la suspensión en los recursos directos contra reglamentos del Gobierno debido a la dificultad de estimar la existencia de perjuicios concretos durante el proceso en el recurrente deducidos del vigencia del Real Decreto impugnado. Respecto de los indirectos, la jurisprudencia analizada en vía de apelación confirma la suspensión ya adoptada del Real Decreto reglamentario por un Tribunal Superior de Justicia apreciándose, como circunstancia habilitante para el mantenimiento de la medida, la nulidad de pleno derecho del reglamento declarada judicialmente.

30.- En relación con el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la jurisprudencia estudiada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo pone de manifiesto la adopción de un criterio amplio en la interpretación del objeto material del proceso para incluir en el término “acto”, del antiguo artículo 6 de la Ley 62/1.978 de 26 de diciembre, las disposiciones generales. La formulación actual de la actividad administrativa impugnada, recogida en el artículo 25 LJ, habilita expresamente para impugnar por esta vía procesal especial los Reales Decretos reglamentarios que se estima que vulneran los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La vigente regulación legal del proceso de protección de los derechos fundamentales se remite al régimen general de los artículos 31 y 32 LJ en cuanto a las pretensiones que pueden hacerse valer con lo que muestra una voluntad superadora de las limitaciones anteriores, deducidas por la jurisprudencia, que había negado que en el referido procedimiento jurisdiccional pudiera entrarse a resolver asuntos de legalidad ordinaria.

Las Sentencias examinadas del Tribunal Supremo muestran, finalmente, la viabilidad de emplear este proceso especial para impugnar indirectamente normas reglamentarias del Gobierno.

31.- La eficacia general del Real Decreto reglamentario no impide que el daño ocasionado al ponerlo en vigor pueda ser individualizado generando de esta manera una responsabilidad patrimonial en favor del afectado. Y lo mismo cabe decir en el supuesto de que el Gobierno omita el procedimiento de elaboración y entrada en vigor de una disposición general vulnerando la Constitución y la Ley. Ello no obstante, la jurisprudencia pone de manifiesto la dificultad existente para apreciar en el recurrente la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para estimar la existencia de la responsabilidad patrimonial en relación con la reclamación por él formulada (así, por ejemplo, la concreción e individualización del daño o la relación de causalidad entre la norma y la lesión alegada). En concreto, en los casos examinados, el Tribunal no aprecia en los actores la concurrencia de legitimación activa para formular el recurso.

32.- El sistema jurisdiccional de la Unión Europea ofrece dos procesos específicos en los que el Tribunal de Justicia puede resolver pretensiones vinculadas con la validez y aplicabilidad de normas reglamentarias dictadas por un Estado miembro, como es el caso de los Reales Decretos reglamentarios. Tales procesos son: a) la cuestión judicial de validez e interpretación; y b) el recurso por incumplimiento.

En relación con la cuestión prejudicial comunitaria, el TJCE ha dictado ya un elenco de Sentencias que resuelven cuestiones de interpretación planteadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Pues bien, dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha servido para que el Tribunal Supremo español en uso de la <<doctrina de cosa interpretada>> verifique la conformidad al Derecho comunitario aplicable al caso de los Reales Decretos legislativos y reglamentarios recurridos.

Respecto del recurso por incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del TCE, interesa destacar que, de conformidad con los datos consultados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado en relación con presuntos incumplimientos del Derecho comunitario que pudieran provenir del contenido de un Real Decreto reglamentario o de la pasividad del Gobierno en dictar una disposición general. Y lo mismo sucede en el orden interno con la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo respecto del principio de responsabilidad de los Estados nacionales por incumplimientos del Derecho comunitario,

afirmado por la propia jurisprudencia del TJCE, que pudieran derivarse de la actividad u omisión de potestad reglamentaria del Ejecutivo.

33.- El Tribunal Constitucional controla la adecuación a la Constitución de los Reales Decretos reglamentarios a través de dos vías:

a) El recurso de amparo constitucional contra violaciones de los derechos fundamentales por lo que la eventual impugnación de disposiciones generales lo es *ratione materiae*. El estudio de la jurisprudencia muestra que, en relación con las mismas, la fundamentación del recurso se centra o bien en una violación del derecho fundamental deducida directamente del articulado de la norma o bien en la disconformidad con la Constitución del juicio de legalidad que realizan los jueces respecto de las normas reglamentarias.

b) Los conflictos positivos y negativos de competencias ante el Tribunal Constitucional constituyen otra vía procesal para el examen de la potestad reglamentaria del Gobierno. En relación con los conflictos negativos, la práctica del Tribunal no ha alcanzado, de momento, a los Reales Decretos. Respecto de los conflictos positivos que se siguen por los trámites del artículo 62 y siguientes de la LOTC, en el estado actual de la jurisprudencia, ha de mantenerse su alternatividad con respecto al planteamiento de la misma pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que el citado Tribunal, por otra parte, haya delimitado con precisión un objeto específico para el proceso seguido en sede constitucional.

34.- En los procesos de adopción de medidas cautelares, protección de los derechos fundamentales, de responsabilidad patrimonial de la Administración y en los instados ante el TJCE y el Tribunal Constitucional cuyo objeto sustantivo sea un reglamento, el control de los Reales Decretos reglamentarios lo es con motivo de la actividad administrativa recurrible. Se trata, por lo tanto, de procesos especiales por razón de la pretensión que en los mismos se dirime que pueden tener como objeto material un reglamento del Gobierno. Su objeto no es depurar el Ordenamiento jurídico de la norma del Ejecutivo sino:

a) La conveniencia de adoptar una medida cautelar para garantizar la finalidad legítima del proceso principal.

b) La determinación de la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponder a la Administración del Estado como consecuencia de la lesión que el reglamento ocasiona a un particular.

c) La correcta interpretación del ordenamiento jurídico comunitario y su protección frente a los incumplimientos de los Estados miembros.

d) La protección del derecho fundamental cuya vulneración se denuncia en los recursos ordinario y constitucional de amparo.

e) Dirimir los conflictos planteados por las Comunidades Autónomas sobre la presunta invasión por la norma reglamentaria estatal de competencias propias.

En consecuencia, constituyen procesos judiciales complementarios del control de la legalidad de los Reales Decretos reglamentarios ejercido por los Órganos judiciales a través de los procesos ordinarios regulados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El fallo judicial, salvo en el procedimiento jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y, eventualmente en los conflictos positivos de competencias, no alcanza a declarar la nulidad de la disposición recurrida, aunque sí existen supuestos puntuales de tal declaración con ocasión de recursos de amparo constitucionales.

B.- Tesis que defiende el autor de estas líneas como resultado de la investigación realizada.

En definitiva, con el único propósito de exponer con claridad y concisión la tesis que defiende el autor del presente trabajo doctoral, me permito concluir como resultado de la investigación realizada que el Real Decreto reglamentario se configura como una norma jurídica objetiva que se integra en el bloque de legalidad formando parte de las fuentes del Derecho. Se trata de una norma subordinada a la Constitución, a la ley y a los principios generales del Derecho y necesitada de un continuo examen validez por los poderes públicos y los ciudadanos. En dicha tarea, el control ordinario descansa sobre la jurisdicción contencioso-administrativa a través de los recursos directos e indirectos contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad. Existen, no obstante, procesos especiales por razón de su objeto mediante los

cuales pueden controlarse aspectos específicos de la potestad reglamentaria del Gobierno como la eventual vulneración de los derechos fundamentales.

Y la evolución del sistema de control judicial de los reglamentos del Gobierno, en su conjunto, se orienta a facilitar la posibilidad de examinar de modo permanente su legalidad. Sin embargo, en el estado actual de la legislación y la jurisprudencia, existen, todavía, dos importantes trabas para lograr el mencionado objetivo: la inadmisión de la acción de nulidad del particular en el supuesto de desestimación del recurso de revisión de oficio contra un reglamento del Ejecutivo y la imposibilidad de fundar el recurso indirecto contra Reales Decretos reglamentarios en vicios procedimentales. Ello no obstante, la nueva regulación de la jurisdicción contenciosa ha supuesto un importante avance en la consecución de la citada meta mediante la nueva regulación del recurso indirecto y de la cuestión de ilegalidad, para hacer efectiva la sumisión de la potestad reglamentaria del Gobierno a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA.

BIBLIOGRAFÍA.

A continuación expongo la relación de los autores y títulos que han sido citados a lo largo del presente trabajo doctoral lo implica, como es obvio, un número aun más amplio de obras examinadas durante la etapa previa al comienzo de su redacción, como ya indiqué en el Capítulo introductorio al tratar de las fuentes utilizadas (Capítulo I.4). La enumeración que sigue contiene tanto el nombre del autor o autores, en el caso de obras colectivas, como las referencias bibliográficas completas de las publicaciones manejadas, así como la indicación de aquellas páginas que han servido para fundamentar las afirmaciones doctrinales destacadas a lo largo del texto y los comentarios personales elaborados en torno al régimen jurídico y control judicial de los reglamentos aprobados en Consejo de Ministros.

M. AZIBERT et M. BOISDEFRE, *Décret Réglementaire*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, nº 2, 20 février, 1.989, pp. 134 y 135.

R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, pp. 17-26, 28 y 76.

R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario: Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.994, pp. 245 y 454-455.

R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Editorial Cívitas, Madrid, 1.997, p. 71 y ss.

R. ALONSO GARCÍA, Artículo 27, *Actividad Administrativa Impugnable*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, pp. 273-275.

R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario y Derechos nacionales: autonomía, integración e interacción*, Editorial Abeledo-Perrot, 1.999, Buenos Aires, República Argentina, pp. 80-81.

M.J. ALONSO MAS, *La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial*, Revista de Administración Pública, número 157, enero-abril, 2.002, pp. 241-242 y 259.

M. ARAGÓN, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, enero-abril, 1.987, p. 16.

A. ARCE JARNÁIZ, *A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 79, julio-septiembre, 1.993, p. 529.

M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, Revista Española de Derecho Administrativo, enero-marzo, 1.995, pp. 19 y 20.

JEAN-MARIE AUBY, *¿Crisis del Contencioso-administrativo en Francia?*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, p. 418.

M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria en la Nueva Constitución Española*, <<La Constitución Española y las Fuentes del Derecho>>, Volumen I (Presentación: J.L. Gómez Dégano y Cevallos-Zúñiga, Director General de lo Contencioso del Estado), Instituto de Estudios Fiscales, 1.979, pp. 286, 288-289, 295-296 y 304.

M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Instituciones Administrativas*, Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid, 1.992, pp. 58 y 81.

M. BAENA DEL ALCÁZAR, *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (Coordinador: L. Martín-Retortillo Baquer), << El control de los reglamentos y la jurisprudencia postconstitucional>>, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 1.354-1.375.

M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Derecho Administrativo de las Entidades Públicas*, Editorial Dykinson, Madrid, 1.995, pp. 19-22.

M. BAENA DEL ALCÁZAR, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Dirección: M. Baena del Alcázar), <<El procedimiento contencioso-administrativo en primera o única instancia. Estudio especial del procedimiento abreviado (arts. 43 a 78)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 360-361 y 372-373.

R. BALDWIN, *Rules and Government*, Claredon Press, Oxford, 1.995, pp. 60 y 61.

J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 46, 49, 54, 70-71, 87, 92-98, 105-157, 164-165, 169 y 174, 186, y 193-196.

J.M. BAÑO LEÓN, *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo I*, <<Los ámbitos del reglamento independiente>>, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, p. 421.

J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El Procedimiento Administrativo en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 281-294, 342-345, 355-356 y 361.

M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, *Revista de Administración Pública*, número 88, 1.979, pp. 114, 128 y ss.

M. BASSOLS COMA, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Director: M. Baena del Alcázar), <<La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 773, 780-783, 787-788 y 790.

M. BEATO ESPEJO, *La actividad administrativa en la Ley 29/1.998 de la jurisdicción contencioso-administrativa: la cuestión de ilegalidad un paso corto*, Revista Andaluza de Administración Pública, número 36, octubre-diciembre, 1.999, pp. 95-96.

J. BERMEJO VERA, *La publicación de la norma jurídica*, Cuadernos de Derecho Administrativo, número 6, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.977, pp. 65-66, 153 y ss.

J. BERMEJO VERA, *La <<relativización>> del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general (comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1.978)*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 30, julio-septiembre, 1.981, pp. 540 y 543-547.

D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 202- 204, 218-219, 221-222 y 270-275.

J.M. BOQUERA OLIVER, *Los órganos estatales titulares del poder reglamentario*, Revista de Administración Pública, número 47, mayo-agosto, 1.965, pp. 84-90.

J.M BOQUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, enero-marzo, 1.984, pp. 11-14, 21, 31 y 37-41.

J.M. BOQUERA OLIVER, *La impugnación e inaplicación de los reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 149, mayo-agosto, 1.999, pp. 31 y 34.

P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *Poder Judicial*, número 1, diciembre, 1.986, pp. 102-103.

F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994, pp. 154 y 162-163.

R. CABALLERO SÁNCHEZ, *La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania*, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre, 1.998, pp. 424 y ss., 443-445.

M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II), en la fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, número 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.001, pp. 323-324.

E. CANCER LALANNE, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Dirección: M. Baena del Alcázar), <<El

procedimiento de protección de los derechos fundamentales (arts. 114 a 122)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, p. 743.

J.L. CARRO-FERNÁNDEZ VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Revista de Administración Pública, número 87, 1.978, pp. 161 y ss., 188.

J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La Potestad Reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, Documentación Administrativa, número 188, octubre-diciembre, 1.980, pp. 187, 198-199, 202-203 y 213.

D. CHAUAUX et J.H. STAHL, *Compétence du Pouvoir Réglementaire*, L'Actualité Juridique Droit Administratif, n ° 12, 20 décembre, 1.995, pp. 940 y 941.

C. CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, <<La tutela cautelar>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 563-564, 570 y 581-585.

M. F. CLAVERO ARÉVALO, *¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho Español?*, Revista de Administración Pública, número 62, mayo-agosto, 1.970, pp. 11, 24 y ss.

E. COCA VITA, *Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración (Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 1.978,*

Ponente: Martín de Hijas y Muñoz), Revista Española de Derecho Administrativo, número 17, abril-junio, 1.978, pp. 293-299.

B. COLOM PASTOR, *Reglamento Independiente y potestad reglamentaria: Cinco años de experiencia constitucional*, Revista Española de Derecho Administrativo, números 40-41, 1.984, pp. 239 y 240.

P. CRUZ VILLALÓN, *Sobre el amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, pp. 12-15.

M. CUCHILLO FOX, *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, 1ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.996, pp. 125-127 y 183-186.

A. DE ASIS ROIG, *Los efectos de la Omisión del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales*, Poder Judicial, número 16, diciembre, 1.989, p. 40 y ss.

J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 52, octubre-diciembre, 1.986, pp. 607-611.

J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 116, mayo-agosto, 1.988, pp. 68-69, 72-77 y 81.

J. DE LA CRUZ FERRER, *Reflexiones sobre el principio de Constitucionalidad y el sistema de fuentes*, Poder Judicial, número 6, diciembre, 1.987, pp. 168-173.

J. DE LA CRUZ FERRER, *Hacia la garantía jurisdiccional de la audiencia en la elaboración de los reglamentos*, Poder Judicial, número 9, junio, 1.988, pp. 131-132.

M.A. DE LA IGLESIA CHAMORRO, *El Gobierno por Decreto*, Editorial Marcial Pons, Pamplona , 1.991, pp. 24, 61-63 y 67.

P. DE MIGUEL GARCÍA, *La Legislación Delegada en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos*, Documentación Administrativa, número 147, mayo-junio, 1.972, pp. 73-74, 76, 80 y ss.

M.V. DE DIOS VIETEZ, *El dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Ejecutivos ¿control o coparticipación en la potestad reglamentaria?*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 60, octubre-diciembre, 1.988, pp. 662 y 663.

S. DE LA SIERRA, *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 116, octubre-diciembre, 2.002, p. 557 y ss.

INIESTA DELGADO y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 19, mayo-agosto, 2.000, p. 159.

J. DEL OLMO ALONSO, *El Procedimiento de Elaboración Negociada de los Reglamentos de los Estados Unidos*, Revista Vasca de Administración Pública, número 52, septiembre-diciembre, 1.998, pp. 400, 402 a 424.

I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1.988 (7ª reimpresión, 1.999), pp. 98,157-160.

CH. DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*. 2 vols. Génève, 1.748. Segunda Parte, Libro XI, Capítulo III (traducción de L. Blanco Vila, Editorial Torres Goyanes, Madrid, 1.999, pp. 220-221).

J.M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, pp. 43, 45-46, 49 y 51.

F. J. DÍAZ REDONDO, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 61, enero-abril, 2.001, p. 83.

L. M. DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 40, enero-abril, 1.994, pp. 34-37.

G. DOMÉNECH PASCUAL, *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales*, Revista de Administración Pública, número 155, mayo-agosto, 2.001, pp. 60-61.

F. DONNAT et D. CASAS , *Les obligations du pouvoir réglementaire pour mettre en oeuvre le pacte civil de solidarité*, Chronique générale de jurisprudence administrative française, L'Actualité juridique-Droit Administratif, n° 7-8, juillet-août, 2.002, p. 586.

S. DUBOURG-LAVROFF, *Le pouvoir des Ministres en Grande-Bretagne*, Litec, Paris, 1.990, pp. 60-61.

A. EMBID IRUJO, *Potestad Reglamentaria*, Revista Vasca de Administración Pública, número 29, enero-abril, 1.991, pp. 77, 80-85, 90-92, 94, 99 y 105-107.

C. F. EDLEY, *Administrative Law*, Yale University, Michigan, 1.990, p. 37.

J. ESTEVE PARDO, *Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3 LJCA) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, número 108, septiembre-diciembre, 1.985, p. 233.

I. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos*, Poder Judicial, número 24, diciembre, 1.991, pp. 23, 26 y ss., 33 y ss.

M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y P. MARTÍNEZ SANTA MARÍA, *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinador: B. Pendás García), <<Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo>>, Barcelona, 1.999, p. 520.

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La remisión normativa y el control de los reglamentos en dos sentencias recientes*, Revista de Administración Pública, número 63, septiembre-diciembre, 1.970, p. 189.

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*, Editorial Cívitas y Centro de Estudios Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 1.985, p. 145.

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Editorial Cívitas, 1ª edición, Madrid, 1.991, pp. 105 a 109.

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, Revista Vasca de Administración Pública, número 34, septiembre-diciembre, 1.992, pp. 34, 36-37 y 40-41.

GIANDOMENICO FALCÓN, Università degli Studi di Trento, <<Italia. La Justicia Administrativa>>, dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 212 y 217-227.

J. PABLO FALCÓN, *Reglamento en la Quinta República Francesa*, Revista Vasca de Administración Pública, número 32, enero-abril, 1.992, p. 111.

A. FIGUERUELO BURRIEZA, *Tutela judicial efectiva y sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Poder Judicial, número 23, septiembre, 1.991, pp. 118-122.

T. FONT I LLOVET, *El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 62, mayo-agosto, 2.001, pp. 58-59.

M. FUERTES, *Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 157, enero-abril, 2.002, pp. 59 y 75-81.

A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en España*, Revista de Administración Pública, número 57, septiembre-diciembre, 1.968, pp. 94 y ss., y 101.

A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, ENAP, Madrid, 1.971, pp. 22, 30 y ss.

G. GARCÍA ÁLVAREZ, *El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, incluido en la obra <<La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)>> (Coordinador: L. Martín-Retortillo Baquer), Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 1.485-1.489.

G. GARCÍA ÁLVAREZ, *Función consultiva y procedimiento (régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1.997, p. 35 y ss.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el Fundamento de la Inderogabilidad Singular de los Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 27, septiembre-diciembre, 1.958, pp. 63-83.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso Contencioso Directo contra Disposiciones Reglamentarias y Recurso Previo de Reposición*, Revista de Administración Pública, número 29, mayo-agosto, 1.959, p. 164 y ss.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, septiembre-diciembre, 1.959, pp. 131, 145- 150 y 153-155.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, Revista de Administración Pública, número 38, mayo-agosto, 1.962, pp. 166 y 202.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria, y control judicial*, 1ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.970, pp. 155-156 y 168-172.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 1, enero-abril, 1.981, pp. 36-41.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 10, enero-abril, 1.984, p. 54.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.984, p. 188.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 28, abril-junio, 1.988, p. 177.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy*, Documentación Administrativa, número 220, octubre-diciembre, 1.989, pp. 11-12.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 66, abril-junio, 1.990, pp. 279-291.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, Revista de Administración Pública, número 124, enero-abril, 1.991, p. 211.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el marco del recurso*

directo contra reglamentos, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, p. 411 y ss.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.995, p. 177.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 92, octubre-diciembre, 1.996, p. 610 y ss.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, 1.997, pp. 71-72.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.998, pp. 43, 67-71, 160-214, 220-221 y 229-234.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1.999, pp. 47-49.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, Revista de Administración Pública, número 152, mayo-agosto, 2.000, pp. 94-95, 99 y 101-104.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 119 y ss., 154-157, 179-180, 186-192, 206, 208, 211, 214, 220-223, 226-227, 230-231, 246-247 y 443-444.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo Vol. II*, 8ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.002, pp. 528 y 685-686.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración Pública y la Ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 108, octubre-diciembre, 2.000, p. 569.

J. GARCÍA LUENGO, *La Declaración de Nulidad en Vía Administrativa de Disposiciones Generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1.999)*, Revista de Administración Pública, número 154, enero-abril, 2.001, pp. 205 y ss., 225.

R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, 1.988, Barcelona, pp. 68, 75-78, 86-90, 111, 178 y ss.

P. GARCÍA MANZANO, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón), <<Terminación del procedimiento>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 314, 318 y 331-332.

J.A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático*, Coordinador: B. Pendás García, Capítulo 14: <<El procedimiento especial: Cuestión de ilegalidad>>, Editorial Praxis, Barcelona, 1.999, pp. 460, 463, 471, 479-480 y 482-484.

F. GARRIDO FALLA, *La Impugnación de Resoluciones Administrativas de Carácter General y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, número 6, septiembre-diciembre, 1.951, p. 225 y ss.

F. GARRIDO FALLA, *Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 97, enero-febrero, 1.958, pp. 18-22.

F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, Madrid, 1.958, pp. 389-390 y 490-492.

F. GARRIDO FALLA, *La fiscalización de los Decretos Legislativos por la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Documentación Administrativa, número 132, noviembre-diciembre, 1.969, pp. 34 y 37.

F. GARRIDO FALLA, *Constitución y Administración*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 20, enero-marzo, 1.979, pp. 5 y 6.

F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.001, p. 986.

F. GARRIDO FALLA, *Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley*, Revista de Administración Pública, número 128, mayo-agosto, 1.992, pp. 9 y 10.

F. GARRIDO FALLA, *Actividad Administrativa Impugnable*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, pp. 262-263.

F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992)*, 3ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.000, pp. 116, 200, 210, 217 a 219 y 286.

F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.002, pp. 110, 122, 199-200, 212, 242, 268, 270-272, 275-279, 522-523 y 606-611.

F. GARRIDO FALLA, A. PALOMAR OLMEDA Y H. LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. III*, 1ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.001 (reimpresión 2.002), pp. 23-24, 299.

A. GARRORENA, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid, 1.980, p. 103.

M. GASCÓN ABELLÁN, *La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, pp. 66-68 y 86.

J. GASCÓN y MARÍN, *Fiscalización Jurisdiccional de los Actos Administrativos en el Derecho Norteamericano*, Revista de Estudios de la Vida Local, número 78, noviembre-diciembre, 1.954, pp. 842 y 845.

V. GIMENO SENDRA, *Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 6, septiembre-diciembre, 1.982, pp. 44-46.

R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 19, julio-septiembre, 1.977, pp. 390 y 394-398.

A.J. GÓMEZ MONTORO y F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *De nuevo sobre quién debe resolver sobre los conflictos territoriales de competencia*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 99, julio-septiembre, 1.998, pp. 375-380.

A.J. GÓMEZ MONTORO, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 40, septiembre-diciembre, 1.990, pp. 115-116.

M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Elcano (Navarra), 2.000, pp. 173-174, 302-316, 323-324, 359-362, y 385.

A. GONZÁLEZ LLANOS, *Sobre los sistemas administrativos escandinavos*, Documentación Administrativa, número 184, octubre-diciembre, 1.979, pp. 53-54.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El Procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, pp. 11,17, 27 y 29.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Nuevos sistemas de control de la Administración Pública*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 22, julio-septiembre, 1.979, p. 419 y ss.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.991, pp. 1.175-1.176, 1.200-1.201 y 1.205.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Vol. I (Ley 29/1.998, de 13 de julio)*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 138-139, 510-513, 711-712, 719-723, 725, 739-740,

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Vol. II (Ley 29/1.998, de 13 de julio)*, 4ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2.003, pp. 1.392-1.393, 1.457-1.458, 1.998-1.999, 2.117, 2.202-2.204, 2.207, 2.219, 2.224, 2.277.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992 de 26 de noviembre)*, 2ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1.999, pp. 2.214-2.218, 2.224-2.225 y 2.233.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley 4/1.999 de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1.992*, 1ª edición, Editorial Cívitas, 1.999, p. 410.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Cívitas, Madrid, 2ª edición, 2.000, pp. 294-295 y 297.

J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto administrativo*, Revista de Administración Pública, número 121, enero-abril, 1.990, pp. 159, 165-182 y 191.

P. GONZÁLEZ SALINAS, *La Negociación Colectiva en la Función Pública: el carácter reglamentario de los Acuerdos entre la Administración y los Sindicatos*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 80, octubre-diciembre, 1.993, p. 698.

S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La Jurisdicción Contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, p. 38 y ss.

S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.999, pp. 34, 237 y 533-536.

P.P. GRAIG, *Administrative Law*, Sweet&Maxwell, second edition, London, 1.989, pp. 175-176 y 188.

C. GUTIÉRREZ VICEN, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (Coordinador. B. Pendás García), <<Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales>>, Editorial praxis, 1.999, Barcelona, pp. 431-432.

F. LAGARFE, *Le contrôle de l'administration en Italie*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, p. 678.

L. LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Revista de Administración Pública, número 34, enero-abril, 1.961, p. 74.

J.J. LAVILLA RUBIRA, *El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno*, Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, número 1, octubre, 1.998, pp. 9-10.

J. LEGUINA VILLA, *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, (Coordinador: A. Pérez Moreno), <<Exposición de Motivos>>, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 29 y 30.

J. LEGUINA VILLA, *La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: planteamiento general*, (conferencia pronunciada en Barcelona, el día 16 de mayo de 1.995, en el <<Seminario sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa>>, organizado por el *Institut d'*

Estudis Autonomics), Poder Judicial, número 39, septiembre, 1.995, pp. 226-227.

JOHN LOCKE, *Two Treatises on Civil Government*. <<Essay on Civil Government>>, 1.690 (Traducción de A. Lázaro Ros, Editorial Aguilar, México, 1.983, p. 100), párrafo 134.

J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *La Potestad reglamentaria de los Ministros*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 39, octubre-diciembre, 1.983, p. 611.

J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, *La reforma del régimen jurídico y el procedimiento administrativo (Novedades de la Ley 4/1.999, de 13 de enero)*, Poder Judicial, número 52, Cuarto Trimestre, 1.998, p. 397.

L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Documentación Administrativa, números 8-9, agosto-septiembre, 1.958, pp. 17 y 21-23.

A. LUCARELLI, *Potere Regolamentare*, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1.995, pp. 1-6.

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Actos Administrativos Generales y Reglamentos*, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, pp. 226 a 249.

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Alkal Editor, Madrid, 1.984, pp. 58 y 59.

S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, Revista de Administración Pública, número 23, mayo-agosto, 1.957, p. 127.

S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *De la simplificación de la Administración Pública*, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre, 1.998, pp. 10, 15 y 16.

H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, 11^a ed., München, 1.997, p. 339.

P. MENÉNDEZ GARCÍA, <<La revisión de oficio de actos y normas, vía de lesividad y revocación de actos. Rectificación de errores. Experiencia tras la ley 4/1.999>>, Revista Galega de Administración Pública, número 29, setiembre-diciembre, 2.001, p. 26.

S. MENÉNDEZ PÉREZ, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (Director: M. Baena del Alcázar), <<Ejecución de Sentencias (arts. 103 a 113)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 654-656 y 662-665.

J. MESEGUER YEBRA, *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Editorial Bosch, S.A., 2.001, pp. 7-8 y 11-17.

J.L. MESTRE, *De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution*, Revue Française du Droit Administrative, mars-avril, n ° 17, 2.001, pp. 301-302 y 319-325.

F. MODERNE, Université de París (Pantheón-Sorbonne), <<La justicia administrativa en Francia (II): Proceso, técnicas de control. Ejecución de Sentencias>>, incluido dentro de la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 309-312.

C. F. MOLINA DEL POZO, *Derecho Administrativo y Derecho Comunitario: Las Fuentes*, Editorial Trivium, Madrid, 1.988, p. 126.

M.J. MONTORO CHINER, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional <<versus>> fracaso legislativo*, Revista de Administración Pública, número 110, mayo-agosto, 1.986, pp. 324-325.

J.J. MORESO MATEOS, *Sobre normas inconstitucionales*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 38, mayo-agosto, 1.993, pp. 87 y 111.

S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de Reglamento Ejecutivo en Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 77, mayo-agosto, 1.975, pp. 144-145, 149-151, 157 y 177.

F. MURILLO FERROL, *El régimen jurídico de la Administración Inglesa*, Revista de Administración Pública, número 1, enero-abril, 1.950, p. 46.

A. NIETO GARCÍA, *Nueva Ordenación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la República Federal de Alemania*, Revista de Administración Pública, número 31, enero-abril, 1.960, pp. 353 y 356.

A. NIETO GARCÍA, *Los orígenes de lo Contencioso-administrativo en España*, Revista de Administración Pública, número 50, mayo-agosto, 1.966, pp. 28-50.

A. NIETO GARCÍA, *La inactividad material de la Administración. Veinticinco años después*, Documentación Administrativa, número 208, abril-diciembre, 1.986, pp. 55-56 y 61-63.

J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *Reglamentos Autónomos en España*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 87, julio-septiembre, 1.995, pp. 333, 337 y 339.

J. PEMÁN GAVÍN, *Ámbito*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 100, octubre-diciembre, 1.998, p. 60.

A. PÉREZ MORENO y L. COSCULLUELA MONTANER, *La reforma del proceso contencioso-administrativo, <<recurso contra reglamentos>>*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 140-141.

J.S. PINIELLA SORLI, *Sistema de fuentes y bloque de legalidad*, Editorial Bosch, 1.994, Barcelona, pp. 49-51, 142, 148 y 156-159.

J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Función de Dirección Política y Potestad Reglamentaria del Presidente del Gobierno, de acuerdo con la Ley 50/1.997, de 27 de noviembre*, Revista de Administración Pública, número 116, mayo-agosto, 1.998, p. 354.

E. PUJALTE CLARIANA, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (Coordinador M. Baena del Alcázar), <<El objeto del recurso (Arts. 25 a 42)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 239-240 y 242.

M. PULIDO QUECEDO, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.995, pp. 636-639.

L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón), <<La ejecución de sentencias>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 483-486 y 489.

M. REVENGA SÁNCHEZ, *Las paradojas del recuso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1.981-1.991)*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41, mayo-agosto, 1.994, p. 29.

M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades Representativas de Intereses en el Procedimiento de Elaboración de Disposiciones Generales*, Revista de Administración Pública, número 115, enero-abril, 1.988, pp. 102, 107, 119-120 y 130-136.

M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, Legalidad, Reserva de Ley como Límites de la Potestad Reglamentaria del Gobierno*, Revista de Administración Pública, número 125, mayo-agosto, 1.991, pp. 14 y ss., 160 y ss.

M. REBOLLO PUIG, *El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado*, Documentación Administrativa, números 244-245, enero-agosto, 1.996, pp. 166-173 y 175-181.

M. REBOLLO PUIG, *Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad*, Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, número extraordinario, 1.999, pp. 23 y 24.

A. ROMANO-TASSONE, *Las fuentes del Derecho*, Documentación Administrativa, números 248-249, mayo-diciembre, 1.997, pp. 143, 145-146 y 162-165.

F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley (sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)*, Revista de Administración Pública, números 100-102, enero-diciembre, 1.983, pp. 419 y ss., 423 y ss., 429- 430.

F. RUBIO LLORENTE, *Principio de legalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, septiembre-diciembre, 1.993, pp. 14, 19-20 y 27.

D. RUIZ-JARABO COLOMER, *La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I), en la fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, número 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.001, p. 287.

F. SAINZ MORENO, *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, Revista de Administración Pública, número 82, enero-abril, 1.977, pp. 441-446.

F. SAINZ MORENO, *El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los decretos legislativos*, Revista de Administración Pública, número 93, septiembre-diciembre, 1.980, pp. 219-229.

F. SAINZ MORENO, *Problemas actuales de la técnica normativa*, Anuario Jurídico de La Rioja, número 1, 1.995, pp. 55-56.

M. SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución española*, Revista de Administración Pública, número 89, 1.979, p. 171.

J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pp. 652-654, 679-681, 688-689, 693-695, 698, 713, 755, 776-783, 806 y 807.

J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000 (reimpresión 2.001), pp. 284-286, 298-301, 305-307, 309-311, 329, 341-344 y 352.

J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El Sistema de Fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la <<Revista de Administración Pública>> (1950-1999)*, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre, 1.999, pp. 571 y 572.

J. M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.998, pp. 35-36, 72-79, 104-105 y 140.

J.M. SANTOS VIJANDE, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.999, pp. 935-958.

J. SALAS HERNÁNDEZ, *De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho Español*, Revista de Administración Pública, número 84, septiembre-diciembre, 1.977, p. 656.

P.L. SERRA CONTRERAS, J.I. MURILLO-VELARDE PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *La reforma del proceso contencioso-administrativo* (Coordinador: A. Pérez Moreno), <<Recurso contra reglamentos>>, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pp. 142 y 145.

J.E. SCHETTL, *Privatisations, Domaines de la Loi et du Règlement*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, n° 4, 20 avril, 1.998, p. 382.

R. SILVA DE LAPUERTA, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2ª edición actualizada, Editorial La Ley, 1.993, Madrid, pp. 59-60.

K.P. SOMMERMANN, <<La Justicia Administrativa en Alemania>> incluida en la obra colectiva: *La Justicia Administrativa en Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 34 y 92-93.

E. SOTO KLOSS, *¿Existe un Derecho Administrativo Inglés?*, *Revista de Administración Pública*, número 70, enero-abril, 1.973, pp. 116, 124 y ss.

J.M. SUÁREZ COLLÍA, *El Principio de Irretroactividad de las Normas Jurídicas*, 2ª edición revisada y aumentada, Editorial Actas, Madrid, 1.994, pp. 18 y ss., 63-85.

J. E. SORIANO GARCÍA, *Cuestión de ilegalidad*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 100, octubre-diciembre, 1.998, pp. 836 y 838.

J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el reglamento, reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, *Revista de Administración Pública*, número 100-102, Vol. I, enero-diciembre, 1.983, pp. 471, 473-476, 478-479 y 504.

J. TORNOS MAS, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Coordinadores J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón), <<Los

procedimientos especiales>>, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.999, pp. 510-512 y 530-531.

J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria*, Poder Judicial, número 34, 1.994, pp. 339 y 340.

J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.992, pp. 12 a 15.

R. TRILLO TORRES, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Dirección: M. Baena del Alcázar), <<La suspensión y las medidas cautelares (arts. 129 a 136)>>, Editorial Trivium, Madrid, 1.999, pp. 875 y 880-881.

J. TUDELA ARANDA, *La Ley y el Reglamento en el Derecho del Turismo*, Documentación Administrativa, números 259-260, enero-agosto, 2.001, p. 104.

C. H. ULE, *German Administrative Jurisdiction*, International Review of Administrative Sciences, number 2, 1.959, pp. 173 y 176.

F. VALDÉS DAL-RE, *La potestad reglamentaria en el Ordenamiento Laboral*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 26, mayo-agosto, 1.989, pp. 55 y 56.

J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 3ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1.992, pp. 112-116 y 224-225.

W. WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 18ª edición, New York, 2.000, pp. 841-842, 854-856, 859-866, 868, 874 y 877-878.

P. WEIL, Catedrático de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de la Universidad de París, *Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, 2ª edición, pp. 39-43 y 84. La 1ª edición original fue publicada bajo el título de *Le Droit Administratif*, en 1.964, por *Presses Universitaires de France*, número 1.152 de la colección *Que sais-je?* y fue traducida y editada en castellano por Taurus Ediciones en 1.966.

J. ZILLER, *Le contrôle du Pouvoir Réglementaire en Europe*, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 septembre, 1.999, pp. 635- 639, 641 y 678.

APÉNDICE DOCUMENTAL.

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A
DISPOSICIONES GENERALES DE CARÁCTER REGLAMENTARIO EN LA
QUE SE ARGUMENTA SOBRE REALES DECRETOS.**

APÉNDICE DOCUMENTAL.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A DISPOSICIONES GENERALES DE CARÁCTER REGLAMENTARIO EN LA QUE SE ARGUMENTA SOBRE REALES DECRETOS.

1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN DEL RECURSO INSTADO Y SENTIDO DEL FALLO.

A.- CAMPO ANALIZADO.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Correspondientes al periodo 1.988-1993.

b.- Correspondientes al periodo 1.994-2.002.

c.- Correspondientes al periodo completo.

2.- MATERIAS SOBRE LAS QUE VERSAN LAS SENTENCIAS EXAMINADAS EN RECURSOS DIRECTOS O INDIRECTOS CONTRA REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- CAMPO EXAMINADO.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Relativos al periodo 1.988-1.993.

a'.- Recursos Directos.

b'.-Recursos Indirectos.

b.- Relativos al periodo 1.994-2.002.

a'.- Recursos Directos.

b'.- Recursos Indirectos.

c.- Relativos al periodo completo.

a'.- Recursos Directos.

b'.- Recursos Indirectos.

3.- CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS TRATADAS POR EL CONJUNTO DE LAS SENTENCIAS EXAMINADAS.

A.- CAMPO ANALIZADO.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Correspondientes al periodo 1.988-1.993.

b.- Correspondientes al periodo 1.994-2.002.

c.- Correspondientes al periodo completo.

APÉNDICE DOCUMENTAL.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A DISPOSICIONES GENERALES DE CARÁCTER REGLAMENTARIO EN LAS QUE SE ARGUMENTA SOBRE REALES DECRETOS.

1. - NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN DEL RECURSO INSTADO Y SENTIDO DEL FALLO.

A.- CAMPO ANALIZADO.

El autor de la presente investigación ha cuantificado la naturaleza directa o indirecta de los recursos resueltos por las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en los que se impugnaban Reales Decretos reglamentarios con exclusión de las recaídas en el proceso especial de protección jurisdiccional de las personas. Además, ha computado el número de fallos estimatorios, desestimatorios o de inadmisibilidad obtenidos en cada clase de procedimiento directo o indirecto. La investigación se ha realizado entre los años 1.988 y 2.002, ambos inclusive (dentro de este último año hasta las sentencias incluidas en la cuarta entrega de la Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi). He de señalar que, en algunos supuestos, los fallos desestimatorios recaídos en recursos indirectos suponen la confirmación de la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión del recurrente.

Por otra parte, he de advertir que la referencia que se realiza a <<Otras Sentencias>> incluye aquellas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las que aunque no se impugnaba un Real Decreto reglamentario ni directa ni indirectamente, la doctrina en ellas contenida resultaba de especial trascendencia para completar el estudio sobre el régimen jurídico de las mencionadas normas del Gobierno.

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Correspondientes al periodo 1.988-1.993.

1.Recursos Directos.....195

Estimatorios.....	110
Desestimatorios.....	76
Inadmisibles.....	9
2.Recursos Indirectos.....	29
Estimatorios.....	7
Desestimatorios.....	22
3.Otras Sentencias.....	64
4.Total de Sentencias.....	288

b.- Correspondientes al periodo 1.994-2.002.

1.Recursos Directos.....	85
Estimatorios.....	26
Desestimatorios.....	59
2.Recursos Indirectos.....	20
Estimatorios.....	9
Desestimatorios.....	11
3.Otras Sentencias.....	36

4.Total de Sentencias.....141

c.- Correspondientes al periodo completo.

1.Recursos Directos.....280

Estimatorios.....136

Desestimatorios.....135

Inadmisibles.....9

2.Recursos Indirectos.....49

Estimatorios.....16

Desestimatorios.....33

3.Otras Sentencias.....100

4.Total de Sentencias.....429

2.- MATERIAS SOBRE LAS QUE VERSAN LAS SENTENCIAS EXAMINADAS EN RECURSOS DIRECTOS O INDIRECTOS CONTRA REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS.

A.- CAMPO EXAMINADO.

En el presente apartado he cuantificado las materias sobre las que versan los recursos resueltos por las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo tanto de naturaleza directa como indirecta en los que se impugnaban

Reales Decretos reglamentarios con exclusión de las recaídas en el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas. La investigación se ha realizado entre los años 1.988 y 2.002, ambos inclusive (dentro de este último año hasta las sentencias incluidas en la cuarta entrega de la Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi).

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Relativos al periodo 1.988-1.993.

a'.- Recursos Directos.

Administración de Justicia.....	2
Aguas.....	10
Bancos y Cajas.....	1
Colegios Oficiales.....	2
Consumidores y usuarios.....	1
Deporte.....	1
Enseñanzas no universitarias.....	17
Enseñanzas universitarias.....	2
Espectáculos públicos.....	2
Estaciones de Servicio de Gasolinas y Gasóleos.....	36
Ferias y Mercados.....	1
Fuerzas Armadas (en general).....	35
Fuerzas Armadas (en especial sobre casas militares).....	70
Fuerzas Armadas (Servicio Militar).....	3

Industria.....	1
Juego.....	2
Puertos.....	1
Sanidad.....	3
Seguridad Social	1
Trabajo.....	2
Tributos.....	4

b'.-Recursos Indirectos.

Colegios Profesionales.....	1
Consumo.....	2
Farmacias.....	1
Funcionarios.....	2
Juego.....	1
Médicos, especialidades médicas.....	17
Viviendas de Protección Oficial.....	1
Tributos.....	4

b.- Relativos al periodo 1.994-2.002.

a'.- Recursos Directos.

Agricultura.....	3
Auditorias de Cuentas.....	3

Buques y embarcaciones.....	2
Colegios Profesionales	3
Caza.....	1
Costas.....	3
Deporte.....	1
Elecciones Sindicales.....	1
Energía.....	2
Enseñanzas no universitarias.....	6
Enseñanzas universitarias.....	7
Fuerzas armadas (en general).....	1
Fuerzas Armadas (en especial sobre casas militares).....	10
Función Pública.....	5
Médicos.....	1
Medicamentos.....	2
Mercado de Valores.....	5
Mutualidades de Previsión Social.....	2
Notariado.....	2
Propiedad Inmobiliaria.....	2
Propiedad Intelectual.....	2
Puertos.....	1
Sanidad.....	3
Sanidad (Especialidades Farmacéuticas).....	3
Seguridad Social.....	3
Tabaco.....	2
Transportes terrestres.....	3
Sociedades.....	1

Telecomunicaciones.....	1
Tributos.....	2

b'.- Recursos Indirectos.

Colegios Profesionales.....	1
Consumo.....	1
Espectáculos públicos.....	2
Farmacéuticos.....	1
Fuerzas Armadas.....	1
Función pública.....	1
Guardia Civil.....	4
Juego.....	1
Mutuas Patronales de Trabajo	2
Seguridad Social.....	1
Tributos.....	5

c.- Relativos al periodo completo.

a'.- Recursos Directos.

Administración de Justicia.....	2
Agricultura.....	3

Aguas.....	10
Auditorias de Cuentas.....	3
Bancos y Cajas públicas.....	1
Buques y embarcaciones.....	2
Caza.....	1
Colegios Profesionales.....	5
Consumidores y Usuarios.....	1
Costas.....	3
Deporte.....	2
Elecciones Sindicales.....	1
Energía.....	2
Enseñanzas no universitarias.....	23
Enseñanzas universitarias.....	9
Espectáculos públicos.....	2
Estaciones de Servicio de Gasolinas y Gasóleos.....	36
Ferias y Mercados.....	1
Fuerzas Armadas (en general).....	36
Fuerzas Armadas (en especial sobre casas militares).....	80
Fuerzas Armadas (Servicio Militar).....	3
Función pública.....	5
Industria.....	1
Juego.....	2
Médicos.....	1
Medicamentos.....	2
Mercado de Valores.....	5
Mutualidad de Previsión Social.....	2
Notariado.....	2

Propiedad Inmobiliaria.....	2
Propiedad Intelectual.....	2
Puertos.....	2
Seguridad Social.....	4
Sanidad.....	6
Sanidad (Especialidades Farmacéuticas).....	3
Sociedades.....	1
Tabaco.....	2
Telecomunicaciones.....	1
Trabajo.....	2
Transportes terrestres.....	3
Tributos.....	6

b'.- Recursos Indirectos.

Colegios Profesionales.....	2
Consumo.....	3
Espectáculos públicos.....	2
Farmacéuticos.....	1
Farmacias.....	1
Fuerzas Armadas.....	1
Funcionarios.....	3
Guardia Civil.....	4
Juego.....	2
Médicos, especialidades médicas.....	17
Mutuas Patronales de Trabajo	2

Seguridad Social.....	1
Tributos.....	9
Viviendas de Protección Oficial.....	1

3.- CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REALES DECRETOS REGLAMENTARIOS TRATADAS POR EL CONJUNTO DE LAS SENTENCIAS EXAMINADAS.

A.- CAMPO ANALIZADO.

Quien redacta el presente trabajo ha determinado una relación de cuestiones de especial trascendencia en el régimen jurídico de los Reales Decretos reglamentarios. A continuación, ha cuantificado el número de veces que cada uno de dichos temas ha sido debatido por las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo recaídas en recursos directos e indirectos contra las normas del Gobierno. No constan en el cuadro de resultados que sigue a continuación los temas tratados por “Otras Sentencias” del Tribunal Supremo (citadas en el apartado 1º del presente estudio sobre <<la naturaleza jurídica de la pretensión del recurso y sentido del fallo>>) al margen de los recursos directos o indirectos en los que se impugnan Reales Decretos reglamentarios. Dichas resoluciones judiciales únicamente han sido utilizadas para el conocimiento general del tema salvo en aquellas ocasiones expresamente indicadas. Todas las Sentencias examinadas se hayan comprendidas entre los años 1.988 y 2.002, ambos inclusive (hasta la cuarta entrega de la Base de Datos de Jurisprudencia de la Editorial Aranzadi de este último año).

B.- RESULTADOS OBTENIDOS.

a.- Correspondientes al periodo 1.988-1.993.

Concepto.....	4
Motivación.....	1
Naturaleza jurídica.....	2
Elaboración.....	16
Anulación.....	0
Derogación.....	40
Relaciones con la Ley.....	75
Deslegalización.....	73
Potestad reglamentaria.....	4
Distinción con los actos administrativos.....	2

Requisitos de validez.

a) Límites formales.

Jerarquía normativa.....	75
Competencias.....	71

b) Límites sustanciales.

Irretroactividad.....	17
Materia reglamentaria.....	72
Principios Generales del Derecho.....	71
Desviación de poder.....	1
El fin.....	70

Inderogabilidad singular.....	2
-------------------------------	---

Clases de Reglamentos.....	10
----------------------------	----

Causas de inadmisibilidad de los recursos.....	53
--	----

Impugnación.

a) En general.....	3
--------------------	---

b) Directa.....	4
c) Indirecta.....	2

Nulidad.....	39
Nulidad por omisión.....	0
Derecho comunitario.....	0
Responsabilidad patrimonial	0

b.- Correspondientes al periodo 1.994-2.002.

Concepto.....	2
Motivación.....	0
Naturaleza jurídica.....	2
Elaboración.....	18
Anulación.....	1
Derogación.....	4
Relaciones con la Ley.....	19

Deslegalización.....	11
Potestad reglamentaria.....	14
Distinción con los actos administrativos.....	2
Requisitos de validez.	
a) Límites formales.	
Jerarquía normativa.....	25
Competencias.....	12
b) Límites sustanciales.	
Irretroactividad.....	3
Interdicción de la arbitrariedad.....	3
Principios Generales del Derecho.....	17
Materia reglamentaria.....	14
El fin.....	10
Inderogabilidad singular.....	1
Clases de Reglamentos.....	15
Causas de inadmisibilidad de los recursos.....	31

Impugnación.

a) En general.....	3
b) Directa.....	2
c) Indirecta.....	2

Nulidad.....	4
--------------	---

Nulidad por omisión.....	4
--------------------------	---

Derecho comunitario.....	2
--------------------------	---

Responsabilidad patrimonial	1
-----------------------------------	---

c.- Correspondientes al periodo completo.

Concepto.....	6
---------------	---

Motivación.....	1
-----------------	---

Naturaleza jurídica.....	4
--------------------------	---

Elaboración.....	34
------------------	----

Anulación.....	1
Derogación.....	44
Relaciones con la Ley.....	94
Deslegalización.....	84
Potestad reglamentaria.....	18
Distinción con los actos administrativos.....	4
Requisitos de validez.	
a) Límites formales.	
Jerarquía normativa.....	100
Competencias.....	83
b) Límites sustanciales.	
Irretroactividad.....	20
Interdicción de la arbitrariedad.....	3
Principios Generales del Derecho.....	88
Materia reglamentaria.....	86
Desviación de poder.....	3
El fin.....	80

Inderogabilidad singular.....	3
Clases de Reglamentos.....	25
Causas de inadmisibilidad de los recursos.....	84
Impugnación.	
a) En general.....	6
b) Directa.....	6
c) Indirecta.....	4
Nulidad.....	43
Nulidad por omisión.....	4
Derecho comunitario.....	2
Responsabilidad patrimonial	1